

PROCESSO - A. I. Nº 295309.0089/08-0
RECORRENTE - FARMÁCIA CASTRO ALVES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0207-04/09
ORIGEM - INFRAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0164-11/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE DEMONSTRATIVO ANALÍTICO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. A falta de demonstração dos valores apurados implica cerceamento ao direito de defesa. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para saneamento do Processo Administrativo Fiscal. Declarada a nulidade da Decisão recorrida e dos atos administrativos anteriores, exclusive o Auto de Infração. Acatada a preliminar de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0207-04/09), que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$ 17.338,51, por falta de recolhimento por antecipação, ante a qualidade do autuado de sujeito passivo por substituição, relativamente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88 e 89.

Consigna o Auto de Infração que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária, conforme relação de notas fiscais geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos – Convênio ICMS 57/95 – e cópias de notas fiscais anexadas.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, rejeitou as nulidades arguidas pelo autuado, por entender que o PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, visto que o devido processo legal foi obedecido, tendo o sujeito passivo exercido a ampla defesa e o contraditório, visto que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos documentos acostados ao PAF, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico.

No mérito, aduz a JJF que, consoante o disposto na cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94, nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único (medicamentos), fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Esclareceu que o Estado de Minas Gerais denunciou o referido Convênio, através do despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01/01/2005, ficando, portanto, as empresas localizadas naquele Estado eximidas do cumprimento das regras contidas no referido Convênio.

Disse, ainda, que o mesmo se aplica ao Estado de São Paulo, pois também denunciou o Convênio ICMS 76/94, por intermédio do Ato COTEPE-ICMS 15/97, co

Nesse contexto, deixando de aplicar as regras do Convênio IC
adquirente, no caso o autuado, o responsável pelo pagamento do ICMS é o destinatário das operações e às operações subsequentes, nos termos do art. 37

hipóteses do art. 355 e nos prazos do art. 125, ambos do RICMS/BA, pois se trata de aquisições de medicamentos originários dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, conforme cópias de notas fiscais às fls. 12 a 183, nas quais o destinatário tinha por obrigação efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, onde, preliminarmente, aduz que o ato administrativo em apreço está eivado de vício pela falta motivação, devendo o mesmo ser desconstituído através da sanção de nulidade. Também alega infração ao devido processo legal, uma vez que, para que seja aplicada uma multa, é necessário que haja um processo administrativo em que seja garantido o contraditório e a ampla defesa, para que depois a multa seja mensurada e aplicada. Sustenta que o Auto de Infração é o ato inicial do procedimento, que desemboca na notificação para pagamento de multa, que é ato final. Afirma que não se pode inverter as coisas. Assim, entende que a multa aplicada é nula, por afrontar aos princípios da legalidade, motivação, contraditório e ampla defesa. Cita doutrina.

No mérito, aduz o recorrente que não é o responsável pelo recolhimento do tributo ora cobrado, visto que a PROFARMA, como distribuidora de medicamentos, é a substituta tributária e responsável pelo seu recolhimento.

Por fim, defende que os cálculos apresentados nos autos não merecem guarida, pois utiliza como índice de correção superior ao quanto estabelecido no ordenamento jurídico pátrio, pelo qual somente poderia utilizar índice inferior ou igual a 0,5% ao mês.

Assim, requer que seja acolhida alguma das preliminares suscitadas, reformando-se a Decisão guerreada para declarar nulo o Auto de Infração ou, se assim não for, que seja reconhecida a condição de substituto tributário da PROFARMA, imputando àquela empresa o débito apresentado.

A PGE/PROFIS, por conduto do Parecer de fls. 217/219, opinou pela rejeição das mesmas nulidades suscitadas em sede de impugnação inicial e corretamente afastadas pela Decisão de primeira instância. Aduz o opinativo que o recorrente cinge-se tão-somente a arguir pretensas nulidades, sem adentrar ao mérito da autuação. Contudo, a PGE/PROFIS não vislumbra, no presente processo, as supostas nulidades suscitadas pelo sujeito passivo, do que entende que devem ser de plano rechaçadas, uma vez que o procedimento encontra-se lastrado na legislação tributária da Bahia e fora corretamente motivado pelo autuante, com a descrição da infração, a elaboração de demonstrativos e a juntada de documentos que robustecem a autuação.

Ressalta o opinativo que a ampla defesa e o contraditório foram observados no curso do processo administrativo fiscal, sendo o autuado intimado de todos os atos processuais. Diz que, o fato da indicação da multa aplicada à infração no corpo do Auto de Infração, não impede ao contribuinte se insurgir contra a mesma, o que fora feita desde a impugnação inicial. Aduz que, a adoção da taxa SELIC como índice para cálculo dos acréscimos moratórios, está prevista no art. 102 do COTEB.

Sustenta a PGE/PROFIS que, como as mercadorias (medicamentos) foram adquiridas nos Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94, aplica-se o artigo 371, c/c o artigo 125, II, "b", ambos do RICMS/BA, que dispõem ser o imposto devido por antecipação pelo adquirente das mercadorias.

Observa, ainda, que inexiste controvérsia sobre a aquisição dos medicamentos fora do Estado, diante dos documentos fiscais de fls. 12 a 183 dos autos, os quais demonstram a aquisição dos produtos de empresa localizada em São Paulo e em Minas Gerais.

Concluiu a PGE/PROFIS que não há nulidade capaz de macular o presente lançamento tributário, que se encontra a salvo de vícios, do que opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Alega o sujeito passivo, em seu Recurso Voluntário, que o ato a eivado de vício pela falta de motivação, devendo o mesmo ser des de nulidade.

A irresignação recursal é justificada, uma vez que observo que a autuante não demonstrou, para fundamentar a acusação fiscal, como apurou os valores do ICMS relacionado às fls. 10 e 11 dos autos, ou seja, deixou de apresentar, por item de medicamentos, o demonstrativo analítico da apuração do ICMS devido por antecipação tributária, de forma que se pudesse avaliar: a base de cálculo da operação; a base de cálculo da substituição tributária; o ICMS devido, etc., de modo a viabilizar a correção da exigência fiscal, proporcionar o exercício do pleno direito de defesa pelo contribuinte e até o convencimento do feito pelo órgão julgador.

Reza o art. 41, II, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que o Auto de Infração far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido. Por outro lado, o art. 46 do RPAF aduz que na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que *sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto de Infração*.

Por sua vez, o art. 123 do RPAF, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da intimação.

Por fim, o art. 18, V, “a”, do RPAF, aduz que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Já seu parágrafo primeiro determina que as eventuais incorreções ou omissões e não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre ele se manifestar, querendo.

Assim sendo, por entender que ocorreu cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, pelo fato de não ter sido demonstrado nos autos como se apurou os valores da antecipação tributária, ora exigidos, concluo que todos os atos, a partir da lavratura do Auto de Infração, exclusive, devem ser anulados, para que a autuante anexe o demonstrativo analítico da apuração do ICMS devido por antecipação tributária e, posteriormente, reabra-se o prazo de defesa (trinta dias) ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato cópia do referido demonstrativo, retomando-se o trâmite processual.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, determinando à Coordenação Administrativa do CONSEF o encaminhamento do PAF à INFRAZ de origem para cumprimento das providências acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULO** o Processo Administrativo Fiscal a partir do Auto de Infração nº **295309.0089/08-0**, exclusive, lavrado contra **FARMÁCIA CASTRO ALVES LTDA**. Deverá à Coordenação Administrativa do CONSEF proceder o encaminhamento dos autos à INFRAZ de origem para cumprimento das providências acima indicadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO