

PROCESSO - A. I. Nº 281331.0708/08-0
RECORRENTE - FARMÁCIA DROGAPOLO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0152-04/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0165-11/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com medicamentos originários de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94, o destinatário, localizado neste Estado signatário do citado Convênio, é responsável pelo pagamento do imposto por antecipação. Não acatada a nulidade suscitada. A multa aplicada está prevista expressamente no inciso II, “d”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0152-04/09, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos que adquiriu produtos farmacêuticos de empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária do imposto, conforme notas fiscais relacionadas nos arquivos magnéticos (Conv. ICMS 57/95) e cópia de notas fiscais juntadas ao processo.

A JJF manteve a Procedência da autuação, inicialmente consignando, quanto às preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, que a infração descreve que o contribuinte deixou de promover o recolhimento do imposto por antecipação, tendo sido juntadas ao processo cópias das notas fiscais relativas a aquisições interestaduais de mercadorias pelo estabelecimento autuado e demonstrativo no qual foi apurado o débito e indicados os dispositivos infringidos na legislação do ICMS, e que, assim, os elementos contidos no processo demonstram a existência de motivação para o Fisco promover o lançamento fiscal.

Ainda, em preliminar, aduziu o Relator que o recorrente alegou ter adquirido mercadorias da PROFARMA localizada no Estado da Bahia e que deveria ser exigido o ICMS daquela empresa que entende ser o sujeito passivo e não dele, mas que não merece acolhida, tendo em vista que as notas fiscais objeto do levantamento fiscal, relativas à aquisição de mercadorias pelo estabelecimento autuado foram emitidas pela PROFARMA localizadas nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, e estando aqueles Estados fora do Convênio ICMS 76/94 que regula a retenção e recolhimento do ICMS nas operações interestaduais com medicamentos, o remetente não estava obrigado a promover a retenção do imposto, não sendo, portanto o sujeito passivo desta relação jurídica.

Consignou, por fim, quanto à terceira nulidade suscitada - imprecisão da imputação que impossibilitou exercer seu direito de defesa – que a descrição da infração processo e indicação dos dispositivos infringidos possibilitaram ao

estava sendo acusado, tanto que se defendeu questionando se era o sujeito passivo, a determinação da base de cálculo, o enquadramento da multa, e que tudo isso, ao contrário do que foi afirmado, possibilitou o exercício do contraditório, motivo pelo qual não acolheu a nulidade suscitada.

No mérito, assim se posicionou a JJF, “*in verbis*”:

“O Auto de Infração exige ICMS por antecipação, relativo às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos). Com relação à alegação de que adquiriu produtos enquadrados no regime de substituição tributária da PROFARMA, que detém inscrição neste Estado e que o imposto deveria ser exigido dela, não pode ser acatada tendo em vista que as notas fiscais objeto da autuação (fls. 70/445) foram emitidas pela PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais e não pelo localizado neste Estado. Conforme 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. Logo, cabe aos estabelecimentos localizados em outros Estados, fazer a retenção e o recolhimento do ICMS quando efetuar venda de medicamentos para estabelecimentos localizados no Estado da Bahia que é signatário do mencionado Convênio. Entretanto, o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01.11.97, dispõe sobre a não-aplicação ao Estado de São Paulo das normas contidas neste Convênio ICMS 76/94. Conforme Despacho COTEPE nº 05 de 1/03/01, o mencionado Convênio não se aplica ao Estado de Minas Gerais. Por sua vez, o Convênio nº 100/03 firmou adesão ao Convênio nº 76/94 por aquele Estado, a partir de 01/01/04, mas o Convênio nº 143 de 12/01/03 prorrogou a inclusão para 01/08/04 e em seguida o Convênio nº 68 de 13/08/04 adiou a inclusão de MG para 30/09/04 e finalmente o Convênio nº 83/04 adiou a inclusão de MG para 1º/01/05. □ Já o Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01.01.05 o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94, ficando, portanto as empresas localizadas naquele Estados eximidas do cumprimento das regras contidas naquele Convênio. Assim sendo, não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94, pelas empresas localizadas nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, nas aquisições interestaduais de medicamentos, que são enquadrados no regime de substituição tributária, o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125 tudo do RICMS/BA. Por isso, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o ICMS deve ser exigido do fornecedor e não do destinatário das mercadorias objeto da autuação. Além do mais, em se tratando de comercialização de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, não houve retenção do ICMS-ST no momento da aquisição e pressupõe-se que o impugnante não tributou as operações de vendas do produto, caso ocorresse, ensejaria apenas a aplicação de uma multa de caráter formal. De qualquer forma, o procedimento adotado pelo autuado implicou em não pagamento de imposto de circulação de mercadorias de direito ao Estado da Bahia. Com relação à alegação de que na apuração do imposto foi aplicada MVA incorreta, afirmando que “as farmácias possui uma forma de recolhimento diferenciada onde é aplicado o previsto no art. 65, V, b que menciona MVA no Anexo 89, de 20% para efeitos de antecipação tributária”, não pode ser acatado, tendo em vista que o autuado deve ter se equivocado na citação visto que o art. 65 do RICMS/BA, trata de operações realizadas com diferimento do lançamento do imposto. Considerando que, como salientou o autuante na informação fiscal, se trata do previsto no art. 61 do citado diploma legal, estabelece o seu inciso V:

V - nas aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária, efetuadas por farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, o valor da aquisição, constante na Nota Fiscal emitida pelo fornecedor, incluídos IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, acrescentando-se ao montante a margem de valor adicionado:

Logo, o percentual de MVA de 20% estabelecido no art. 61, V, “b” do RICMS/BA se aplica tão somente às aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária. Verifico que no demonstrativo elaborado pela autuante e juntado às fls. 14/69, na apuração da base de cálculo foi utilizado de forma preponderante o PMC, em outras situações a MVA de 49,08% e MVA de 20%. Conforme disposto no art. 61 § 5º, inciso I do RICMS/BA, para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento, nas operações com os produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificadas na alínea “p” do inciso II do art. 353, foi recepcionado o Convênio ICMS 76/94 em relação aquilo que for aplicável. Por sua vez, à Cláusula Segunda do mencionado Convênio determina que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial – PMC (ABCFARMA). Na falta deste, toma-se por base o montante remetente incluído o valor do IPI, frete e demais despesas e sobre este montante agregado – MVA. Constatando ainda, que com relação aos demais produtos enquadrados no regime de substituição tributária, o autuante na apuração

fins de antecipação do imposto pelo responsável por substituição nas operações internas, adotou a MVA de 20% como prevista no art. 61, V, do RICMS, a exemplo do produto “Soapex sab cremo”, conforme indicado no demonstrativo juntado pelo autuante à fl. 16/verso. Ressalto que conforme recibo constante da fl. 69/verso, foi entregue ao autuado cópia do demonstrativo juntado às fls. 14 a 69 no qual foi apurada a base de cálculo do ICMS exigido. Concluo que a metodologia utilizada pelo autuante na apuração da base de cálculo está correta, levando em consideração primeiro o PMC dos produtos relacionados na lista ABCFARMA; Na falta deste, o preço praticado pelo remetente, acrescido do IPI, frete e demais despesas e sobre este montante aplicado a MVA de 49,08% e por fim, para os produtos comercializados e que não são produtos farmacêuticos, aplicada a MVA de 20%. No tocante à alegação defensiva de que o ICMS deveria ser exigido da PROFARMA, observo que na situação presente, todas as notas fiscais que foram objeto da autuação, foram emitidas pela PROFARMA localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, conforme anteriormente apreciado, denunciaram o Convênio ICMS 76/94 e estava desobrigada de proceder a retenção e recolhimento do imposto, cabendo tão somente ao destinatário fazê-lo na condição de contribuinte substituto, conforme previsto na lei estadual. Por fim, com relação à tipificação da multa aplicada no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, verifico que o mencionado dispositivo legal estabelece que para as infrações tipificadas naquele artigo, serão aplicadas a seguinte multa de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares.

Logo, considerando que a acusação é de que o contribuinte deixou de promover o recolhimento do ICMS devido por antecipação está correta a tipificação da multa. Já o art. 45-A do mesmo diploma legal determina que “O valor da multa referente a infrações praticadas sem dolo, fraude ou simulação, de que tratam os incisos II (excetuada a hipótese da alínea “d”), VI e VII do art. 42, será reduzido em cem por cento, se o Auto de Infração for pago no prazo de 20 (vinte) dias, contado a partir da ciência do contribuinte”. Portanto, a legislação não prevê redução da multa quando tipificada no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, estando correta a indicação no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração. Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com o julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 478 a 482 - onde pede a reforma da Decisão recorrida, entendendo que caberia à PROFARMA a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, que possui inscrição como substituto tributário, e que, independente das notas fiscais de origem, as mercadorias foram, na prática, remetidas da filial da PROFARMA localizada em Porto Seco Pirajá, em Salvador, o que evidenciaria que a infração foi cometida pela distribuidora em apreço, que por conta desta prática irregular todas as farmácias sediadas na Bahia que adquiriram medicamentos por este fornecedor foram autuadas.

Alega, ainda, que o tipo de infração estaria sujeito à redução da multa, mas que o demonstrativo de débito anexo ao Auto de Infração não contempla as “reduções previstas no RICMS”, o que no seu entendimento configura irregularidade, e que a multa aplicada tem efeito de confisco, sendo assim, inconstitucional.

Ao final, já na dedução dos pedidos, requer a nulidade do Auto de Infração em face da ausência de pressupostos objetivos essenciais do ato administrativo, atribuindo-se ao fornecedor a responsabilidade, e, não sendo acatada a nulidade, o julgamento pela Procedência Parcial do lançamento (sic), imputando a PROFARMA a responsabilidade pelo imposto exigido.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 488 a 490, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, por entender que as razões recursais não são capazes de modificar a Decisão recorrida, aduzindo que o recorrente, como adquirente das mercadorias, é o responsável tributário pelo recolhimento do imposto antecipado, nos termos do art. 371 do RICMS/BA, mormente considerando-se que nos documentos fiscais que acompanham as mercadorias não fora destacado o ICMS por substituição tributária pelo fornecedor PROFARMA.

No tocante à irrisignação quanto à multa aplicada, assevera que é ilegítima a alegação de seu caráter confiscatório, vez que está prevista expressamente no art. 42 II “d” da Lei nº 7.014/96 uma vez que as operações foram escrituradas, embora não rec

antecipação.

VOTO

Inicialmente, quanto à alegação de nulidade do presente lançamento de ofício, de logo devemos consignar que não se verifica no presente processo qualquer mácula que o inquene de vícios formais ou materiais, não estando presentes quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/BA, como ensejadoras de nulidade.

Quanto à alegação de que a multa aplicada no Auto de Infração é confiscatória e, portanto, inconstitucional, como bem ressaltou a PGE/PROFIS, esta encontra previsão na lei estadual do ICMS – Lei nº 7.014/96 – mas especificamente no art. 42, inciso II, “d” – texto normativo que não sofreu qualquer pecha de inconstitucionalidade até o presente momento, além do que a norma que veda expressamente tal apreciação por este órgão - inserta no art. 167, inciso I, do Regulamento do Processo Administrativo – abaixo transcrito, também não sofreu qualquer pecha de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, sendo norma vigente que deve ser seguida por este Conselho.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”.

Por outro lado, a multa prevista para a sua conduta infracional - inciso II, “d”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 - está expressamente excluída do rol daquelas que se beneficiam da redução de multa, conforme art. 45-A do mesmo diploma legal, abaixo transcrito, não havendo, assim, qualquer irregularidade na autuação ao não consignar tal redução, posto que não prevista na legislação pertinente:

"Art. 45-A. O valor da multa referente a infrações praticadas sem dolo, fraude ou simulação, de que tratam os incisos II (excetuada a hipótese da alínea "d"), VI e VII do art. 42, será reduzido em 100% (cem por cento), se o Auto de Infração for pago no prazo de 20 (vinte) dias, contado a partir da ciência do contribuinte.". Grifos nossos.

No mérito, melhor sorte não socorre ao recorrente. Exige-se do sujeito passivo no presente lançamento de ofício o imposto devido por substituição tributária, na condição de contribuinte substituto, na aquisição interestadual de medicamentos e produtos farmacêuticos, junto a fornecedor – PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS - localizado em unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94 – São Paulo e Minas Gerais - acordo interestadual que atribui ao remetente a responsabilidade pela retenção do imposto devido nas operações subsequentes.

Assim, como os Estados de São Paulo e Minas Gerais, estados de localização dos emitentes das notas fiscais objeto da autuação, não são signatários do referido acordo, cabe ao adquirente baiano a responsabilidade pela retenção do imposto devido na operação por ele realizada e nas operações subsequentes em território baiano, em face do princípio da territorialidade da legislação estadual, consoante previsto no art. 371 do RICMS, o qual estabelece *in verbis*:

“Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.”

Do exposto, o estabelecimento do recorrente é, de fato, o sujeito que deve figurar no polo passivo da relação jurídica tributária, valendo aqui ressaltar que o estabelecimento remetente não consta como substituto tributário no nosso Estado, como afirma o recorrente.

Por fim, a alegação do recorrente de que adquiriu as mercadorias em operação interna não se faz acompanhar de qualquer lastro probatório neste sentido. Ao contrário. as notas fiscais acostadas aos autos pelo autuante comprovam materialmente a ocorrência de venda, como determina o art. 143 do RPAF/BA, a simples negativa do remetente de desonerar o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da :

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281331.0708/08-0**, lavrado contra **FARMÁCIA DROGAPOLO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$99.257,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS