

PROCESSO - A. I. Nº 284119.0023/08-1
RECORRENTE - FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0228-04/09
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0166-11/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 pelas empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes. Rejeitada a preliminar suscitada. Indeferido o pedido de diligência. Infração caracterizada. 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 0228-04/09, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado para imputar ao contribuinte a falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF inicialmente rejeitou as nulidades arguidas, ao argumento de que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. Consignou, ainda, que o PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, não tendo amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, ressaltando, ainda, que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e documentos acostados ao PAF, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico.

No mérito, assim se posicionou pela procedência da autuação:

“No tocante à alegação defensiva de que a ITA DISTRIBUIDORA e a PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A agiram com ardil, e que o autuante desconsiderou tal fato para responsabilizar a impugnante, observo que na situação presente todas as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas por sociedades empresárias localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que, conforme será adiante explanado, denunciaram o Convênio ICMS 76/94. Por conseguinte, resta caracterizada a sujeição passiva do autuado, de vez as empresas localizadas em tais unidades federadas estão desobrigadas de proceder à retenção e ao recolhimento do imposto, cabendo tão somente ao destinatário fazê-lo, na condição de contribuinte substituto, conforme previsto na legislação estadual da Bahia. Igualmente, consia exemplo de ardil, não cabem na aplicação das normas impositivas de obrigações tributárias os números dos canhotos de recebimento de fls. 64 a 87 não guardam exata relação com o objeto da autuação.”

das notas fiscais de fls. 133 a 179, tampouco com aquelas citadas nos demonstrativos de fls. 88 a 132, muito embora indiquem intensa movimentação comercial entre o autuado e a ITA REPRESENTAÇÕES. Assim, a inexistência de inscrição “TRANSBORDO em Salvador” em algumas notas fiscais, bem como a falta de carimbos de postos fiscais localizados no trajeto entre os estados em que se localizam os remetentes e a Bahia não afastam a legitimidade passiva do autuado, pois os outros meios de prova carreados aos autos (notas fiscais, livro Registro de Entradas de Mercadorias, demonstrativos e canhotos de recebimentos) indicam que o contribuinte efetivamente adquiriu os medicamentos através de operações interestaduais. No mérito, 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 subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário. Conforme Despacho COTEPE nº 05 de 01/03/2001, o mencionado Convênio passou a não se aplicar ao Estado de Minas Gerais. Por sua vez, o Convênio 100/03 firmou a adesão de Minas Gerais ao Convênio 76/94, a partir de 01/01/04. Todavia, o Convênio 143, de 12/01/2003, adiou a inclusão para 01/08/04 e em seguida o Convênio 68, de 13/08/04, para 30/09/04. Finalmente, o Convênio 83/04 adiou a inclusão de MG para 01/01/2005. Através do Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01/01/2005, o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94, ficando, portanto as empresas localizadas naquele Estado eximidas do cumprimento das regras contidas no Convênio. Idêntico raciocínio é aplicável nas aquisições de medicamentos originários do Estado de São Paulo, pois o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01/11/1997, dispôs sobre a não aplicação a esta unidade federada das normas contidas no Convênio ICMS 76/94. Desta forma, não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 às empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária, o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355 e nos prazos previstos no art. 125 do RICMS/BA. Assim, tem fundamento jurídico a exigência tributária em tela, pois trata de aquisições de medicamentos originários dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, conforme operações designadas nas cópias de notas fiscais de fls. 133 a 179 e demonstrativos de fls. 88 a 132, nas quais o destinatário tinha por obrigação efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nos moldes dos supracitados artigos do RICMS/BA. No tocante ao pedido de diligência, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos cometidos pelo autuante que ensejem qualquer pedido de esclarecimento técnico. Consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos. Conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Não há necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião sobre se os documentos emitidos no Estado da Bahia são semelhantes aos de Minas Gerais e São Paulo. Em face dos elementos de fato e de direito que fazem parte deste PAF, concluo que foi correta a atuação. Infração caracterizada.”.

Inconformado com o julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, através de advogados regularmente constituídos, repetindo os mesmos argumentos apresentados na sua Impugnação.

Assim, suscita em preliminar a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que houve erro de direito e ilegitimidade passiva, afirmando que o julgamento, assim como o autuante, assumiu que o ardil utilizado pelas empresas PROFARMA e ITA REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS implicaria na sua responsabilidade, o que não procede, pois as aquisições se deram junto à distribuidora dos citados fornecedores localizada em Salvador, tendo o autuado subentendido que os produtos já se encontravam substituídos.

Registra que, inclusive, em algumas notas fiscais consta a inscrição TRANSBORDO em Salvador, sem aposição de carimbo de postos fiscais, já nos documentos fiscais da empresa ITA REPRESENTAÇÕES, apesar de não existir menção a transbordo, não há prova do trânsito das mercadorias entre São Paulo e Feira de Santana; tais fatos, entende, demonstrariam que a operação ocorreu nos limites do Estado da Bahia.

Pondera que o lançamento não demonstra com certeza a ocorrência do fato gerador do imposto e carece de provas que indiquem a aquisição interestadual, pois não postos fiscais, o que torna o ato administrativo viciado, pois a enunciar corretamente as razões da imputação.

Aduz que o critério jurídico utilizado pelo Fisco está viciado, uma vez que contém erro de direito, já que não observou a legislação aplicável e a real situação fática e que tal erro de direito também agride o princípio da legalidade e da motivação, pela inexistência de fundamento jurídico para dar embasamento legal ao procedimento e da descrição exata e precisa dos motivos de fato e de direito que lhe serviram de fundamento.

Requer, assim, a nulidade do Auto de Infração, alegando ofensa aos arts. 28, §4º, 41 e 18, IV, “a”, do RPAF/BA, entendendo que não há no lançamento as provas necessárias à demonstração do fato arguido e nem se demonstra com certeza a ocorrência dos fatos geradores, citando doutrinadores e julgados.

Requer diligência ou perícia fiscal, a fim de que seja verificada junto à empresa Profarma e Ita Representações, se a impressão nos documentos fiscais tidos como emitidos por Minas Gerais e São Paulo são semelhantes com os emitidos pela empresa neste Estado, para que se demonstre que as mercadorias foram adquiridas e enviadas já internalizadas no território baiano e quando já deveriam estar com a antecipação devidamente quitada, bem como para que seja verificada a série das notas fiscais e data de emissão, a fim de que sejam confrontados com os canhotos que indicam a data de entrega, para constatar se houve tempo hábil para as mercadorias serem transportadas destes Estados passando por Salvador, via terrestre, o que entende demonstrará que tais mercadorias saíram de Salvador e que os fornecedores deveriam ter feito a substituição tributária como responsáveis.

Faz um extenso arrazoado sobre a demonstração da finalidade da perícia, diligências e poder discricionário, das perícias sob a égide da Administração Tributária no direito brasileiro, conceituação de perícia, a perícia e a prova, bem como o pedido de perícia e a nulidade da Decisão administrativa, para ao final requerer o acolhimento da preliminar de nulidade ou deferimento da diligência por fiscal estranho ao feito.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo, aduz que compulsando os autos, verifica-se à saciedade que tanto a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual, como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.1999.

Afirma que preliminares de nulidades constantes da súplica recursal deverão ser rechaçadas de plano, posto que, nos presentes autos, foram rigorosamente respeitadas as garantias constitucionais inerentes ao contribuinte em um Estado de Direito, inexistindo qualquer fragilização ou violação aos princípios constitucionais da legalidade, verdade material, moralidade administrativa, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e motivação dos atos administrativos.

Afirma, ainda, que os sucessivos atos administrativos que compõem o lançamento demonstram com robustez a caracterização dos aspectos essenciais (pessoal, material, temporal, quantificador e espacial) do fato gerador da obrigação tributária.

No mérito, aduz que o recorrente insiste em afirmar que os produtos foram adquiridos perante filiais dos fornecedores Profarma e Ita Distribuidora, localizadas em Salvador, haja vista a ausência de provas do trânsito das mercadorias de São Paulo para Feira de Santana, mas que as notas fiscais de fls. 133/179, que lastreiam a presente autuação, são pertinentes a mercadorias (medicamentos) submetidas ao regime de substituição tributária e provenientes do Estado de São Paulo e Minas Gerais, não signatários do Convênio ICMS 76/94.

Ressalta que a alegação do recorrente de que adquiriu as mercadorias em Salvador não está respaldada em provas materiais, haja vista que as notas fiscais de fls.133/179 acostadas ao PAF comprovam que os produtos se originaram de outros Estados da Federação e que a natureza das operações são operações relativas a aquisições interestaduais de medicamento

rios do Convênio ICMS 76/94, e diante do fato de que a legislação tributária, no art. 371 do RICMS/BA, determina que o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, nos prazos estipulados no art. 125 do mesmo Regulamento, opinou pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, quanto ao pedido de diligência/perícia fiscal apresentado pelo recorrente, entendemos que não merece acolhimento, visto que as provas constantes dos autos, especificamente as cópias das notas fiscais emitidas pelas empresas PROFARMA e ITAFARMA – fls. 133 a 179 - livros Registro de Entradas de Mercadorias do sujeito passivo – fls. 18 a 63 - demonstrativos e canhotos de recebimentos – fls. 64 a 87 - são suficientes para embasar a exigência fiscal, dando efetivo suporte probatório hábeis a firmar a infração cometida pelo recorrente, além de ser desnecessária a perícia fiscal requerida, visto que a prova do fato imputado ao contribuinte não depende de conhecimento especializado, e as provas trazidas aos autos pelo autuante são robustas.

Registre-se, ainda, que tal negativa encontra amparo na legislação processual administrativa baiana - RPAF/BA - mas especificamente no seu art. 147, abaixo reproduzido:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

.....

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;”

Quanto à arguição de nulidade do Auto de Infração, de logo também devemos rechaçá-la, comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, pois não vislumbramos qualquer mácula que inquinasse de nulidade o presente lançamento de ofício.

E, de fato, não há ofensa ao princípio da legalidade ou ao princípio da motivação dos atos administrativos, pois a peça inicial da autuação traz especificamente os dispositivos legais infringidos pelo recorrente, bem como a multa prevista na lei para a infração imputada, além do que a autuação se fundamenta nos documentos fiscais e registros de entrada do recorrente – acostados aos autos – que comprovam, à saciedade, a ocorrência da infração cometida pelo sujeito passivo, por se caracterizarem em lastro material suficiente a tal imputação.

No mérito, melhor sorte não socorre o recorrente, pois da análise das razões do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, constato que as mesmas são incapazes de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, como consignou também a PGE/PROFIS.

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 fornecedores localizados em unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94, 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 subsequentes em território baiano.

Muito embora o recorrente alegue que as aquisições foram internas, ou seja, dentro do Estado da Bahia, as cópias das notas fiscais acostadas aos autos, às fls. 133 a 179, bem como os comprovantes de recebimento das mercadorias nelas constantes – fls. 64 a 87 - comprovam que se trata de operações interestaduais, cujos emitentes são estabelecidos nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, estados membros da Federação que não são signatários do Convênio ICMS 76/94. Registre-se que, em relação ao Estado de Minas Gerais, o mesmo denunciou o aludido Convênio, conforme Despacho COTEPE nº. 05/01, retirando-se das suas disposições.

Assim, não havendo acordo interestadual com os referidos Estados, à época dos fatos geradores do presente lançamento, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, por antecipação tributária, passa a ser do adquirente localizado no Estado da Bahia, 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 subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.”

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 **284119.0023/08-1**, lavrado contra **FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.674,07**, 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