

**PROCESSO** - A. I. Nº 273307.0005/08-9  
**RECORRENTE** - FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0367-04/09  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 07/07/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0170-11/10

**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 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 subsequentes. Rejeitada a preliminar suscitada. Indeferido o pedido de diligência. Infração caracterizada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0367-04/09, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, 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.

O autuado apresentou, tempestivamente, a sua defesa (fls. 318 a 338), tendo o autuante prestado, às fls. 353/357, a informação fiscal de praxe.

Em Primeira Instância, a JJF inicialmente rejeitou as nulidades arguidas, sob o fundamento de que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. Consignou, também, que, em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, foram entregues cópias de todas as notas fiscais juntadas ao processo e reaberto o prazo de defesa, assim tomando o autuado conhecimento de todos os elementos constantes do processo, o que lhe possibilitou o exercício do direito de defesa.

Ainda em preliminar, o Relator da JJF indeferiu, com amparo no art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, o pedido de perícia fiscal e diligência requerido pelo sujeito passivo, sustentando que foram juntadas ao processo, cópias das notas fiscais, dos canhotos de recebimento das mercadorias e demonstrativos que deram suporte à autuação, sendo as notas fiscais emitidas por fornecedores localizados nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, documentos estes fornecidos ao estabelecimento autuado, com reabertura do prazo de defesa, inexistindo necessidade de laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada”.

No mérito, foi julgada procedente a autuação, em razão da defesa apresentada pelo impugnante não questionar os critérios de apuração do imposto, limitando-se a as mercadorias de filial do fornecedor localizado neste Estado autuante na informação fiscal.

Prosseguindo a análise das teses defensivas, tangentemente à alegação de que os produtos adquiridos se encontravam enquadrados no regime de substituição tributária da PROFARMA, que detém inscrição neste Estado e que o imposto deveria ser exigido dela, tal proposição não pode ser acatada, tendo em mira que as notas fiscais objetos da autuação (fls. 50/278) foram emitidas pela PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos, localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais e não por aquela situada neste Estado, nada tendo sido apresentado para provar o alegado, constituindo, assim, mera negativa de cometimento da infração, razão pela qual, à luz do art. 143 do RPAF/99, não fica desonerado o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Em seguida, citou a JJF a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, dispondo que, 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, para concluir que cabe aos estabelecimentos localizados em outros Estados reter e recolher o ICMS no caso de efetuar venda de medicamentos para estabelecimentos localizados no Estado da Bahia, o qual é signatário do mencionado Convênio, porém, o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01.11.97, determina a não-aplicação, ao Estado de São Paulo, das normas contidas no Convênio ICMS 76/94.

Logo depois, consignou a Decisão de 1º grau que:

*“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 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 1/01/05. □ 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, tendo os Estados de São Paulo e Minas Gerais denunciados o Convênio ICMS 76/94, não se aplica as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto às empresas localizadas naqueles Estados, ficando as aquisições interestaduais de medicamentos que é enquadrado no regime de substituição tributária, sujeitas à antecipação do ICMS pelo destinatário na condição de contribuinte substituto, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125 tudo do RICMS/BA (Cl. 1º, §3º do Convênio ICMS 76/94).*

*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.”*

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, através de advogados regularmente constituídos, repisando idênticas teses já apresentadas na Impugnação.

De início, suscitou a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, sustentando que não lhe foi entregue qualquer outro documento que não as referidas notas fiscais. Aduziu, também, que a mera entrega dos documentos não permite ao Recorrente emitir qualquer manifestação segura acerca da valoração dos mesmos, não se sabendo a razão do auditor fazer a juntada de tais canhotos e notas fiscais, desconhecendo se houve modificação do Auto de Infração, com nova acusação.

Arguiu, ainda, em preliminar a nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que houve erro de direito e ilegitimidade passiva, afirmando que a Decisão do ~~MPF~~ assim como o autuante afirmado que o artil utilizado pela empresa PROFARMA implicaria a ~~MPF~~ assim como o autuante não procede, pois as aquisições se deram junto à Distribuidora do em Salvador, tendo o autuado subentendido que os produtos já se en

Registrhou que, em algumas notas fiscais consta a inscrição transbordo em Salvador, sem aposição de carimbo de postos fiscais, o que demonstraria que tais mercadorias não partiram de Minas Gerais ou São Paulo, mas das próprias Distribuidoras com mercadoria já internalizada no território baiano.

Também ponderou que o lançamento não demonstrava, com certeza, a ocorrência do fato gerador do imposto, carecendo de provas que indicassem a aquisição interestadual, pois inexiste aposição de carimbos de postos fiscais, o que torna o ato administrativo viciado, porquanto a lei impõe a necessidade de enunciar corretamente as razões da imputação.

Depois, aduziu que o critério jurídico utilizado pelo Fisco se encontrava viciado, uma vez que continha erro de direito, já que inobservada a legislação aplicável e a real situação fática, e que, tal erro de direito também agrediria o princípio da legalidade e da motivação, pela inexistência de fundamento jurídico para dar embasamento legal ao procedimento, bem como de descrição exata e precisa dos motivos de fato e de direito que lhe serviriam de fundamento.

Requerou, 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 encontra demonstrada, com a certeza que se faz necessária, a ocorrência dos fatos geradores, citando doutrinadores e julgados.

Instou diligência ou perícia fiscal, visando se verificar, junto à empresa PROFARMA, se a impressão nos documentos fiscais tidos como emitidos por Minas Gerais e São Paulo são semelhantes àqueles emitidos pela Empresa neste Estado, para demonstrar que as mercadorias foram adquiridas e enviadas já internalizadas no território baiano, oportunidade em que 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 se confrontar com os canhotos que indicam a data de entrega, para constatar se houve tempo hábil para as mercadorias serem transportadas daqueles Estados, passando por Salvador, via terrestre, demonstrando, segundo seu entendimento, que tais mercadorias saíram de Salvador e que os Fornecedores deveriam ter feito a substituição tributária como responsáveis.

Efetuou 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, assim 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, aduziu que, compulsando os autos, verifica-se, à saciedade, que tanto a imputação fiscal se encontra 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.

Asseverou que as preliminares de nulidade 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, atestando que os sucessivos atos administrativos que compõem o lançamento demonstravam, com robustez, a caracterização dos aspectos essenciais (pessoal, material, temporal, quantificador e espacial) do fato gerador da obrigação tributária.

Meritoriamente, refutou a tese do recorrente de que os produtos foram adquiridos perante filiais do fornecedor PROFARMA, localizada em Salvador, em razão da ausência de provas do trânsito das mercadorias de São Paulo para Feira de Santana, na medida e 50/278, que lastreiam a presente autuação, são pertinentes a

submetidas ao regime de substituição tributária e provenientes do Estado de São Paulo e Minas Gerais, não signatários do Convênio ICMS 76/94.

Por fim, ressaltou que a alegação do recorrente de que adquiriu as mercadorias em Salvador não se acha respaldada em provas materiais, eis que as notas fiscais de fls. 133/179 comprovam ter os produtos se originado de outros Estados da Federação e, assim, resta comprovada a natureza das operações, vale dizer, que são operações relativas a aquisições interestaduais de medicamentos perante Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94.

Concluiu que, diante do fato de a legislação tributária, no art. 371 do RICMS/BA, determinar que o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes, com as referidas mercadorias, seja efetuado por antecipação, nos prazos estipulados no art. 125 do mesmo Regulamento, opinava pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

O Recurso Voluntário apresentou as razões do inconformismo do contribuinte com a Decisão da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, que julgou totalmente procedente o Auto de Infração, onde é exigido imposto no valor total de R\$58.000,60, acrescido de multa de 60%, decorrente da infração supra descrita.

De início, o pleito de diligência/perícia fiscal efetivado pelo recorrente não merece acolhimento, uma vez que as provas constantes dos autos, especificamente as cópias das notas fiscais emitidas pela empresa PROFARMA (fls. 89 a 316), demonstrativos de apuração do imposto (fls. 9 a 88), são mais do que suficientes para embasar a exigência fiscal, dando efetivo suporte probatório, hábil a firmar a infração cometida, assim como se apresenta desnecessária a perícia fiscal, na medida em que a prova do fato imputado ao contribuinte independe de conhecimento especializado, apresentando-se como robustas aquelas trazidas aos autos pelo autuante.

Destaque-se que tal negativa encontra embasamento na legislação processual administrativa baiana - RPAF/BA - precisamente no art. 147, a seguir 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;”*

Outrossim, deve ser rechaçada a arguição de nulidade do Auto de Infração, por não se vislumbrar qualquer mácula capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício, nesse passo, comungando com o opinativo da PGE/PROFIS.

Por outro lado, inexiste ofensa ao princípio da legalidade ou ao da motivação dos atos administrativos, porquanto a peça inicial da autuação traz expressamente os dispositivos legais infringidos pelo recorrente, bem como a multa prevista na lei para a infração imputada, além de se fundamentar nos documentos fiscais e registros de entrada do autuado, acostados ao feito, comprovando, sem margem à tergiversação, a ocorrência da infração cometida pelo sujeito passivo.

No mérito, melhor sorte não assiste o recorrente, pois da an<sup>1</sup> Voluntário constata-se serem elas incapazes de modificar a Decisão devidamente fundamentada, consoante opinativo da PGE/PROFIS.

Frise-se que se exige 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.

Por conseguinte, 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, caberia ao adquirente baiano a responsabilidade pela retenção do imposto devido na operação por ele realizada e nas operações subsequentes em território baiano.

Ocorre que, 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 (fls. 89 a 316), bem como os comprovantes de recebimento das mercadorias nelas constantes, comprovam se tratar de operações interestaduais, cujos emitentes são estabelecidos nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, Estados não são signatários do Convênio ICMS 76/94, ressaltado o fato de que o Estado de Minas Gerais denunciou o aludido Convênio, conforme Despacho COTEPE nº 05/01, portanto, retirando-se das suas disposições.

Nesse contexto, inexistindo 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, conforme previsto no art. 371 do RICMS, o qual estabelece, *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.”*

Diante do exposto, voto 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 273307.0005/08-9, lavrado contra FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$58.000,60, 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

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS