

**PROCESSO** - A. I. Nº 284119.0020/08-2  
**RECORRENTE** - FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0277-04/09  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 07/07/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0171-11/10

**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-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0277-04/09, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafiado, 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. 1212 a 1235), e o autuante, prestou a informação fiscal de praxe, às fls. 1241/1245.

De plano, 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*”.

Prosseguindo no julgamento das preliminares, o Relator da JJF rechaçou as seguintes preliminares invocadas pelo autuado:

- a) A nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva, sob alegação de que adquiriu mercadorias de empresas situadas em Salvador a quem caberia fazer a antecipação do ICMS, não prosperava, tendo em vista que as notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito elaborado pelo autuante foram emitidas por estabelecimentos localizados nos Estados de São Paulo e Minas Gerais.

Em face da diligência de fls. 1248/1249, quando foram entregues cópias juntadas ao processo, bem como dos recibos dos canhotos das aludidas,

foram juntadas pelo autuante às fls. 24/47), verifica-se que dos recibos nos canhotos constam carimbos e assinaturas dos funcionários da empresa que comprovam o recebimento das mercadorias dos estabelecimentos emitentes das notas fiscais objetos da autuação, localizados em outros Estados que não a Bahia, havendo reabertura do prazo de defesa, do qual não se valeu para apresentar qualquer documento que comprovasse a sua tese de aquisição de mercadorias no Estado da Bahia.

b) Por sua vez, a nulidade do Auto de Infração por se considerar contribuinte substituído, sustentando a ocorrência de erro de Direito e falta de motivação, também não merece acatamento, porquanto as mercadorias objetos da autuação foram adquiridas nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, os quais denunciaram o Convênio ICMS 76/94 (medicamentos), encontrando-se os fornecedores localizados naqueles Estados eximidos de fazer a retenção do ICMS. Logo, o estabelecimento destinatário é contribuinte substituto e não substituído.

No mérito, foi julgada procedente a autuação, em razão da defesa apresentada pelo impugnante não questionar os critérios de apuração do imposto, limitando-se apenas a sustentar que adquiriu as mercadorias de filial do fornecedor localizado neste Estado, argumento contestado pela 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. 677/1208) 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 subsequentes 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:

*“De acordo com o Despacho Cotepe nº 05 de 01/03/01, o mencionado Convênio não se aplica ao Estado de Minas Gerais tendo em vista que aderiu ao Convênio ICMS 76/94 a partir do Convênio 100/03, mas adiou sua inclusão por diversas prorrogações (Convênios 143/03; 68/04 e 83/04) até 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, tendo os Estados de São Paulo e Minas Gerais denunciados o Convênio ICMS 76/94, não se aplicam 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. 1ª, §3º do Convênio ICMS 76/94).*

*Por isso, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o ICMS deve ser pago pelo destinatário das mercadorias objeto da autuação. Além do mais, em se trata*

*dorias 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.*

*Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

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 da J1F, assim como o autuante, afirmou 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 do citado Fornecedor localizada em Salvador, tendo o autuado subentendido que os produtos já se encontravam substituídos.

Registrou 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 inexistia 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.

Em seguida, 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.

Requeru, 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 sua obrigação como responsáveis.

Efetuiu 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, aduz que as razões recursais voltam a arguir as mesmas nulidades suscitadas em sede de impugnação inicial e corretamente afastadas, pela Decisão de Primeira Instância administrativa.

Afirma que o contribuinte cinge-se na súplica recursal, tão-somente a suscitar pretensas preliminares de nulidades que deverão ser rechaçadas de plano, posto que, nos presentes autos, diversamente do quanto afirmado pelo recorrente, no corpo da intimação há prova da entrega dos documentos e da reabertura do trintídio legal, visando à salvaguarda do direito de defesa do contribuinte.

Assevera quanto à alegação do recorrente que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda, que inexistente controvérsia sobre a aquisição dos medicamentos fora deste Estado, e sim adquiridos de Estado não signatário do Convênio ICMS 76/94, aplicando-se o artigo 125, II, “b” do RICMS/BA que dispõe ser o imposto devido por antecipação pelo adquirente das mercadorias.

Aduz, ainda, a PGE/PROFIS, que o sujeito passivo suscita a nulidade do procedimento fiscal por afronta ao princípio da legalidade e suposta ausência de motivação do ato administrativo, no entanto vê-se que o procedimento encontra-se lastrado na legislação tributária deste Estado, e fora corretamente motivada pelo autuante com a descrição da infração, a elaboração de demonstrativos e juntada de documentos que robustecem a autuação.

Manifesta que diante dos fatos, conclui-se que não há nulidade capaz de macular o presente lançamento tributário, que se encontra a salvo de vícios.

Por fim, opina pelo indeferimento do pedido de diligência ou perícia com base no artigo 147 do RPAF/BA, que prevê expressamente a hipótese do indeferimento quando for desnecessária, em vista de outras provas produzidas, e os elementos constantes dos autos forem suficientes para convicção do julgador.

No que tange ao mérito, como o recorrente não se insurgiu, entende que deve ser mantida a Decisão recorrida, e conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

O Recurso Voluntário apresenta as razões do inconformismo do contribuinte com a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou totalmente procedente o Auto de Infração, onde é exigido imposto no valor total de R\$ 169.347,66, 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 pelas empresas PROFARMA e ITAFARMA – fls. 677 a 1208 - livros Registro de Entradas de Mercadorias do sujeito passivo – fls. 48 a 183 - demonstrativos e canhotos de recebimentos – fls. 24/47 - 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 pel

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, inexistente 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 análise das razões do Recurso Voluntário constata-se serem elas incapazes de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra 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 acostados aos autos, às fls. 677 a 1208, bem como os comprovantes de recebimento das mercadorias nelas constantes – fls. 24/47- comprovam se tratar de operações interestaduais, cujos emitentes são estabelecidos nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, Estados não 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 aquisições efetuadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo a*

*operações e às subseqüentes 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 **284119.0020/08-2**, lavrado contra **FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$169.347,66**, 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