

PROCESSO - A. I. Nº 298579.0041/08-9
RECORRENTE - FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0278-04/09
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0172-11/10

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. Rejeitadas preliminares suscitadas. 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 0278-04/09, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigraado, 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. 1776 a 1799), tendo o autuante prestado, às fls. 1803/1807, a informação fiscal de praxe.

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 prefaciais, 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. 1811/1812, quando foram entregues c

juntadas ao processo, bem como dos recibos dos canhotos das aludi

foram juntadas pelo autuante às fls. 24/46), 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. 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 76/94 por aquele Estado, a partir de 01/01/04, mas o Convênio 143 de 12/01/03 prorrogou a inclusão para 01/08/04 e em seguida o Convênio 68 de 13/08/04 adiou a inclusão de MG para 30/09/04 e finalmente o Convênio 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, 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. 1ª, §3º do Convênio ICMS 76/94).

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

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 da JJF, assim como o autuante, afirmou que o ardil utilizado pela empresa 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.

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. Já nos documentos fiscais da empresa ITA REPRESENTAÇÕES, apesar de inexistir menção a transbordo, não há prova do trânsito das mercadorias entre São Paulo e Feira de Santana, entendendo que tais fatos demonstravam ter a operação ocorrido nos limites do Estado da Bahia.

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.

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.

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 às empresas Profarma e Ita Representações, 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 Fc a substituição tributária 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, aduziu que as razões recursais voltam a arguir as mesmas nulidades suscitadas em sede da impugnação inicial, já corretamente afastadas pela Decisão de primeira instância administrativa.

Disse que, diversamente do quanto afirmado pelo recorrente, no corpo da intimação há prova da entrega dos documentos e da reabertura do trintídio legal, visando a salvaguarda do direito de defesa do contribuinte.

Quanto à alegação de ser o recorrente parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda, asseverou que inexistente controvérsia sobre a aquisição dos medicamentos fora deste Estado, adquiridas de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94, aplicando-se o artigo 125, II, “b” do RICMS/BA, dispondo ser do adquirente a responsabilidade pelo imposto devido por antecipação.

No que se refere à nulidade do procedimento fiscal por afronta ao princípio da legalidade e suposta ausência de motivação do ato administrativo, também improcede, eis 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, concluindo na linha de que não há nulidade capaz de macular o presente lançamento tributário, que se encontra a salvo de vícios.

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

Reportando-se ao mérito, entendeu que, como o recorrente quanto a ele não se insurgiu, deveria ser mantida a Decisão recorrida, de tudo restando o Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Recurso Voluntário apresenta as razões do inconformismo do contribuinte com a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal ao julgar totalmente procedente o Auto de Infração, onde é exigido imposto no valor total de R\$591.559,71, acrescido de multa de 60%, decorrente da infração supra descrita.

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. 439 a 829 e 1336 a 1773 - livros Registro de Entradas de Mercadorias do sujeito passivo – fls. 47 a 155 - demonstrativos e canhotos de recebimentos – fls. 24/46 - 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.

Destaque-se, que 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, claramente, a ocorrência da infração cometida pelo sujeito passivo, por se caracterizarem em lastro material suficiente a tal imputação.

No mérito, melhor sorte não acolhe ao 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 por ele realizada e nas operações 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. 439 a 829 e 1336 a 1773, bem como os comprovantes de recebimento das mercadorias nelas constantes – fls. 24/46- comprovam que se tratam 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 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 epígrafe.

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 **298579.0041/08-9**, lavrado contra **FARMÁCIA REMÉDIO BARATO LIMITADA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$591.559,71**, 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