

A. I. Nº - 269140.0404/09-8
AUTUADO - ATHOS FARMA S.A. DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS
AUTUANTE - LUIS CARLOS BRITO REIS NABUCO e CLAUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET 29.06.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0146-05/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Operações originárias de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94. Responsabilidade tributária do estabelecimento adquirente. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva. Infração não elidida. Item procedente. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NOS PRAZOS REGUMENTARES. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infrações não impugnadas. Mantidas as multas e a taxa SELIC, esta última, utilizada para o cálculo dos juros moratórios. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 16/12/2009, para exigir ICMS no montante de R\$541.469,83, em razão das seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Conforme demonstrativos em anexo dos meses 01 a 05 de 2009 com o cálculo da antecipação tributária por nota, onde foi determinada a base de cálculo por mercadoria. Utilizou-se para o cálculo o PMC – preço máximo a consumidor, vigente à época da infração ou a MVA pertinente, conforme Conv. 76/94 (na falta do PMC). Valor do imposto: R\$ 414.196,22.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentare(s) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Nos meses de janeiro a maio de 2009, num total de R\$102.049,00, conforme cópias dos livros em anexo.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de efetuar recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Conforme demonstrativo e cópias dos livros em anexo, no valor total de R\$ 25.224,62.

O contribuinte, através de seu representante legal (procuração anexa), ingressou com defesa às fls. 57 a 68.

Após fazer uma breve síntese da autuação, suscitou a sua ilegitimidade passiva para integrar um dos pólos da obrigação tributária principal. Discorreu que as disposições contidas na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, cujo teor transcreveu na peça defensiva, estabelecem que a retenção e recolhimento do ICMS-ST é da responsabilidade do estabelecimento importador ou industrial fabricante. Todavia, a impugnante é estabelecimento at seu Estatuto Social, anexado ao processo.

Frisou que as mercadorias objeto do lançamento foram transferidas da filial para a matriz atacadista, localizada em Feira de Santana-Ba, não podendo o Auto de Infração subsistir por se tratar de operação entre estabelecimentos atacadistas.

Disse ainda que a autuação afronta o disposto no art. 355, I, do RICMS-BA, que determina que a presente operação não deverá ser regida com base na substituição tributária. Afirmou que a fiscalização além de compreender erroneamente a natureza jurídica das empresas envolvidas na operação (filial e matriz atacadistas), violou também a legislação estadual específica.

No entanto, caso o entendimento seja pela manutenção do ICMS, pede a revisão da penalidade imposta. Solicita que o valor da penalidade seja reduzido, tendo em vista o seu caráter confiscatório. Sustenta a desproporcionalidade entre a suposta infração cometida e a penalidade imposta. Após transcrever as disposições do art. 42, da Lei nº 7.014/96, aplicáveis ao caso, ponderou que o art. 3º do CTN estabelece que tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito, razão pela qual o mesmo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento disfarçado de arrecadação. Argumentou que a severidade das sanções visa proteger a arrecadação do Estado e estimular, por vias oblíquas, o pagamento dos tributos devidos, no entanto, deve haver proporcionalidade entre as penalidades aplicadas e as infrações cometidas, devendo haver graduação entre o que se paga e o que se deve e entre o que se recebe pelo que não se paga. Nesse sentido, a impugnante mencionou a decisão exarada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, na Apelação Cível nº 66.959/RJ, onde foi reconhecido o princípio da proporcionalidade entre as circunstâncias de fato, ensejadoras da multa, e a multa imposta (o caso envolveu a aplicação de multa administrativa pela extinta SUNAB).

A propósito a impugnante transcreveu também trecho da Decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal, que rejeita a aplicação de multas com efeito confiscatório (Recurso Extraordinário nº 81.550/75-MG, em voto do Ministro Xavier de Albuquerque).

Sustenta, por fim, que por mais grave que seja o ilícito praticado não se justifica a fixação de penalidades que expropriem o sujeito passivo de parcela de seu patrimônio de forma desproporcional à infração cometida. Pede o cancelamento da multa exigida no Auto de Infração.

Em seguida o contribuinte alega a inconstitucionalidade e ilegalidade da utilização da taxa SELIC como juros de mora, afirmando ser uma taxa de juros remuneratória que visa premiar o capital investido pelo aplicador em títulos da dívida pública federal, não podendo ser aplicada como sanção, por atraso no cumprimento de uma obrigação. Nessa linha de entendimento transcreveu, na peça de defesa, lições doutrinárias e o julgado originário do STJ, no Resp. nº 215.881, que declarou a inconstitucionalidade do uso da taxa SELIC para fins de corrigir valor de tributos. No caso específico, a questão envolvia empréstimo compulsório, tributo de competência da União. Ressaltou que nesta lide administrativa a impugnante não objetiva buscar a declaração de inconstitucionalidade da taxa SELIC, mas tão-somente que lhe seja atendido o pedido inadequação da referida taxa para correção de tributos, conforme entendimento já adotado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais da União.

Entende que houve erro na exigência dos valores lançados a título de multa e juros moratórios, razão pela qual pede que seja declarada a nulidade do Auto de Infração lavrado, dada a iliquidez da exigência fiscal. Contudo, na hipótese de ser mantido o Auto de Infração, pede a revisão dos valores, com base na legislação vigente.

Os autuantes prestaram informação fiscal, acostada às fls.95 a 97 dos autos. Após fazerem um resumo das alegações defensivas, afastaram, de início, o pedido de nulidade suscitado pelo impugnante, ao argumento de que o Auto de Infração foi lavrado obedecendo as formalidades previstas na legislação, em especial o RICMS/97.

Quanto ao mérito, no que se refere à multa de 60% do valor do imposto, disseram que a mesma se encontra em conformidade com o disposto no art. 42 da Lei do ICMS, e a taxa SELIC utilizada, está em estrita obediência à lei, tudo de acordo com o princípio da legalidade objetiva.

No que se refere à alegação de ilegitimidade passiva afirmaram que a mesma não procede, pois o imposto exigido no Auto de Infração diz respeito a operações interestaduais originárias de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94 (São Paulo, Rio de Janeiro, Distrito Federal, Minas Gerais e Rio Grande do Norte), além de transferências das filiais de Alagoas e Pernambuco. Mencionaram em seguida os Atos COTEPE-ICMS que estabeleceram a não aplicação do referido Convênio aos Estados acima mencionados. Entendem, assim, ser legítima a autuação, calculada conforme os arts. 352, 370, 375 e 371, do RICMS, este último transscrito na peça informativa.

Ao finalizar, ratificaram todo o procedimento fiscal e formularam pedido pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, é importante destacar que o contribuinte limitou-se a impugnar a infração atinente a exigência do ICMS por antecipação tributária que compõe o item 1 do lançamento de ofício. Logo, por não haver contestação específica das infrações 2 e 3, referentes, respectivamente, ao ICMS não recolhido e escriturado nos livros fiscais próprios e ao ICMS da antecipação parcial, é de se reconhecer a procedência das mesmas, visto que se encontram lastreadas em farta documentação acostada ao processo, às fls. 38 a 48, inexistindo em relação a elas lide. Ademais, aplica-se ao caso as disposições do art. 142 do RPAF/99, com a seguinte redação, “*in verbis*”:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Julgo, portanto, procedente a exigência do imposto em relação às infrações 2 e 3.

No tocante à infração 1, relacionada ao ICMS da antecipação tributária, observo que a exigência fiscal diz respeito as entradas de medicamentos por aquisição e por transferência, em operações interestaduais, com origem nas unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94. Nessa situação, a legislação específica, dispõe que a responsabilidade tributária é do estabelecimento adquirente, na condição de substituto, conforme prevê o art. 371, do RICMS/BA, com contém o seguinte comando normativo, abaixo transcrito:

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.

Portanto, acertada a manifestação dos autuantes, no que se refere ao mérito da exigência fiscal, não prevalecendo os argumentos defensivos de ilegitimidade passiva e de ilegalidade do lançamento. Afasto, assim, a nulidade suscitada pela defesa e no que diz respeito à questão de fundo, é procedente o lançamento do ICMS - antecipação tributária, nas aquisições de medicamentos junto a Estados não signatários de acordo interestadual para a realização da retenção do imposto por substituição.

Em relação às multas lançadas, nos percentuais de 60% e 50% do imposto, a arguição de confiscatoriedade e os pedidos de aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não podem ser acolhidos, visto que a imposição fiscal decorreu de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, inc. I, “a” e inc. II, “d”.

Ademais, é vedado aos órgãos administrativos de julgamento de compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que est

aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, baseado apenas no argumento de que houve violação a regras ou princípios constitucionais. Somente no âmbito do Poder Judiciário poderá o contribuinte buscar a revisão do ato administrativo, cuja constitucionalidade, até decisão final daquele Poder é presumida. .

Importante destacar ainda que na esfera administrativa o contribuinte poderá ser beneficiado com a redução da multa lançada no Auto de Infração, em função da data do pagamento do débito, conforme prescrevem os artigos 45 e 45-A, da Lei de regência do ICMS. Logo, os valores nominais da multa não são fixos, estando sujeitos às reduções fixadas no próprio texto legal. Essa circunstância se encontra expressamente destacada no próprio Auto de Infração, no Anexo do Demonstrativo de Débito.

Relativamente à taxa SELIC, aplica-se também o mesmo raciocínio acima exposto quanto à impossibilidade dos órgãos administrativos de julgamento deixaram de aplicar norma expressa contida no ordenamento jurídico estadual, conforme prescreve o art. 167, do RPAF/99. Voltamos a frisar que postulação visando declarar a inconstitucionalidade ou adequar a norma aos ditames ou princípios da Lei Maior só poderá ser acolhida em ação movida junto ao Poder Judiciário, a quem é conferida a prerrogativa de decidir as lides com a força da coisa julgada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269140.0404/09-8, lavrado contra **ATHOS FARMA S.A. DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$541.469,83**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$439.420,84 e de 50%, sobre R\$ 102.048,99, previstas, respectivamente, no art. 42, inc. II, letra “d” e I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, conforme disciplina da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA