

A. I. N° - 279467.0032/08-9
AUTUADO - M.A. FONSECA CERQUEIRA
AUTUANTE - ARNALDO OLIVEIRA NOVAIS
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET 21.09.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0244-05/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. **a).** FALTA DE RECOLHIMENTO **b).** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com medicamentos originários de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94 o destinatário localizado neste Estado é responsável pelo pagamento do imposto por antecipação. Exigência do imposto. Infrações não elididas. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/08/2008, refere-se à exigência total de R\$13.938,56 de ICMS, acrescido da multa de 60%, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

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 relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, no período de fevereiro a dezembro de 2005 e janeiro a maio de 2006, sendo exigido o valor de R\$13.855,21;
2. efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, no mês de março de 2006, sendo exigido o valor de R\$83,35.

O autuado, por seu advogado, apresenta defesa, às fls. 328 a 346, alegando que o Auto de Infração padece de nulidade porque é um ato de lançamento vinculado, e, para que se possa atribuir validade, é indispensável a identificação do fato gerador, na fixação da hipótese de incidência e que é fundamental que o ato seja motivado.

Afirma que pode não ter adquirido todas as mercadorias no referido Auto de Infração, e que tal fato pode ser visto em um levantamento fiscal. Pede que sejam solicitados do fornecedor os canchotos das notas fiscais, para que se prove se as mercadorias entraram em seu estabelecimento. Transcreve trecho de citação de José Artur Lima Gonçalves, que descreve sobre a atividade fiscalizadora.

Argui que a fiscalização realizou um levantamento superficial e sem cautela, uma vez que a autuação trata só de matéria fática. Disse que num levantamento fiscal pode verificar que ele não adquiriu as mercadorias constantes do Auto de Infração.

Cita que há necessidade de investigação profunda e exaustiva de todos os fatos, pelo fisco, para a validação do ato de lançamento, e reproduz ementas do IRPJ, Primeiro Conselho de Contribuintes, que no seu entender, trata do assunto.

Argumenta que a autuação feita a partir de notas fiscais colhidas em arquivos magnéticos, não lhe garante segurança jurídica. Acrescei

aos autos os canhotos das notas fiscais com a assinatura do seu representante legal ou preposto, recebendo, efetivamente, as mercadorias nelas constantes. Aduz que a falta de prova do suposto fato delituoso caracteriza a nulidade do Auto de Infração.

Frisa que não quer descaracterizar a circulação das mercadorias, que apenas vem demonstrando que a entrada em seu estabelecimento, dessas mercadorias não foi comprovada, e sendo assim, não se pode lhe imputar o pagamento de ICMS sob mera presunção, por entender que pode ser feito, fiscalização no fornecedor das mercadorias objetivando verificar se houve algum depósito para ele ou pagamento de boletos, ou se existe nota fiscal de entrada, por achar que não se deve descartar o fato das mercadorias terem retornado.

Sustenta que, nesse caso, o ônus da prova é da fiscalização, transcreve o art.333, I, do CPC e a Súmula nº 83 do STJ.

Transcreve dispositivos da Lei 7.014/96, do CTN, para dizer que no seu entendimento, deveria ser aplicada a multa de 70% e não de 60%, porque o recolhimento não foi realizado em virtude da não escrituração fiscal, fator determinante para a omissão. Profere que, se os livros tivessem sido escriturados, estaria diante da omissão no recolhimento, porque a Lei trata da falta de antecipação e somente ocorre como razão direta em relação às operações que forem escrituradas.

Salienta que, o reflexo desta tipificação equivocada é o cerceamento do direito de gozar dos benefícios dispostos no art.45 da Lei nº 7.014/96.

Sustenta que a multa aplicada constitui confisco e fere os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, do ato vinculado, da vedação ao confisco, da capacidade contributiva, do lançamento tributário e reproduz ensinamentos de doutrinadores e decisões judiciais sobre os mencionados princípios.

Conclui sua defesa pedindo a realização de diligência, no sentido de que sejam solicitados os canhotos das notas fiscais ao fornecedor, excluídos os valores cobrados a partir das notas que não possuem comprovações de ingresso em seu estabelecimento e que seja reformado o Auto de Infração quanto à tipificação da multa aplicada, devendo ser considerada a multa de 70% e não 60%, e que sua impugnação seja julgada procedente.

O autuante apresenta informação fiscal, fls.354 a 355, transcreve os teores das infrações, citando que em suas alegações o autuado disse que se faz necessário, a obtenção junto ao fornecedor dos canhotos referentes aos documentos fiscais que serviram de base para o cálculo do ICMS reclamado, e que a multa aplicada seria de 70% e não 60%.

Salienta que os canhotos das notas fiscais embora sejam um instrumento de controle operacional da empresa, não possuem valor probante para contestação do Auto de Infração. Afirma que, por outro lado, se as operações de aquisições de mercadorias não tivessem sido realizadas, caberia ao contribuinte promover ação reparatória contra o fornecedor. Diz que a multa de 60% está correta, considerada a tipificação da infração.

Finaliza sua informação, afirmando que sustenta o procedimento adotado na ação fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração.

O processo foi convertido em diligência pela 2ª. Junta de Julgamento Fiscal, para que a INFIP obtivesse outros elementos que demonstrassem as aquisições das mercadorias pelo autuado.

A Inspetoria mencionada acima juntou aos autos declaração expressa da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A. informando as respectivas datas de emissão e do pagamento de duplicatas referente às notas fiscais objeto da autuação.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento do encaminhamento da declaração da PROFARMA, mencionada acima, assim como da concessão de prazo para a defesa e para pronunciar.

Não consta nos autos manifestação do autuado.

VOTO

O contribuinte suscitou preliminar de nulidade sob a alegação de que o lançamento tributário deve ser revisto pela administração pública, para valerem os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e da capacidade contributiva. Porém não indicou, especificamente, de que forma tais princípios não foram observados nos autos. Portanto, não acolho o pedido de nulidade argüido. Ademais, o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA. O Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa, tanto assim que o contribuinte se defendeu da acusação fiscal, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

No que se refere à insurgência do autuado quanto ao percentual da multa aplicada, ressalto que nos termos do art. 167 do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade. Quanto à afirmação de que a multa é exorbitante, constituindo-se em confisco e de que contraria os princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade e da proporcionalidade, esclareço que a multa sugerida se ajusta perfeitamente ao presente caso, estando prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, sendo, portanto, legal. Além disso, considerando que a exigência fiscal constante da autuação está fundamentada em expressa disposição legal, não vislumbro qualquer violação aos princípios mencionados.

Fica indeferido o pedido de alteração do percentual da multa de 60% para 70%, visto que, à época da ocorrência dos fatos, a pena cabível para as citadas infrações era a prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, posto que no presente caso verifica-se que o ICMS lançado no Auto de Infração diz respeito a fatos geradores da substituição tributária em que o contribuinte não efetuou a retenção e recolhimento do tributo ou o fez em valor inferior ao efetivamente devido, não se trata de infração decorrente da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, consoante alegou a defesa. Portanto, é inequívoca a tipificação contextualizada no presente Auto de Infração. Com a adequada tipificação, não vislumbro o pretenso reflexo de cerceamento do direito de gozar dos benefícios dispostos no art. 45 da mencionada Lei.

Ademais, a fruição dos benefícios nas formas e nos casos previstos no referido dispositivo legal é ato de liberalidade do contribuinte que queira optar pelo pagamento do Auto de Infração nos prazos e casos nele previstos. Outrossim, a tipificação estando correta, não há que se falar em cerceamento ao uso dos benefícios previstos no art. 45 da Lei nº 7.914/96.

Quanto ao mérito o contribuinte não contestou, especificamente, a imputação, entretanto, examinando os elementos acostados aos autos, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado com base nas segundas vias fixas de notas fiscais (fls. 113 a 292, e 294 a 325), obtidas junto aos estabelecimentos emitentes da empresa PROFARMA Distribuidora Farmacêutica S. A., CNPJ nº 45.453.214/0013-95, situado no Estado de São Paulo e 45.453.214/0020-14, localizado no Estado de Minas Gerais, em trabalho conjunto com prepostos fiscais das Secretarias de Fazenda dos dois Estados mencionados, consoante demonstrado nos documentos de fls.09 e 10 do PAF, relativo a fatos geradores da substituição tributária em que o contribuinte não efetuou a retenção e recolhimento do tributo ou o fez em valor inferior ao efetivamente devido, consoante demonstram as planilhas às fls. 11 à 113 dos autos.

O contribuinte contestou a autuação alegando ausência de provas para comprovar a acusação de “deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação” porque foi constatado a partir de notas fiscais colhidas no fornecedor, tendo como destinatário a sua que tais documentos não são meio de prova de que na condição de

tais mercadorias e não recolheu o imposto por substituição, porque o autuante não trouxe os respectivos canhotos das notas fiscais com a assinatura do representante ou preposto da empresa, recebendo, efetivamente, as mercadorias. Solicitou que fosse verificado junto ao emitente das notas se houve algum depósito para o fornecedor ou pagamento de boletos.

Verifico que, em decorrência do pedido acima, do sujeito passivo, e considerando que as notas fiscais coletadas junto ao fornecedor por si sós são insuficientes para embasar a autuação, o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem para obter e juntar aos autos outros elementos que demonstrem as aquisições das mercadorias.

Constam às fls. 371 à 373 dos autos declaração expressa da empresa fornecedora dos medicamentos objeto da autuação informando que o autuado efetuou as compras das mencionadas mercadorias junto aos estabelecimentos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, localizados nos estados de São Paulo CNPJ: 45.453.214/0013-95, IE. 114.878.412.117, Bahia CNPJ: 45.453.214/002529, IE. 64.250.907 e Minas Gerais CNPJ: 45.453.214/0020-14, I.E. 186786893.01-20, constando a relação de todas as notas fiscais que fundamentaram a autuação, especificando o número da duplicata correspondente, a data de vencimento, o valor e a data de pagamento dos referidos títulos de crédito.

O contribuinte foi intimado para tomar conhecimento do encaminhamento da declaração da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A. informando o recebimento das duplicatas atinentes às notas fiscais juntadas aos autos e da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar. Não se manifestou.

Ressalto que, conforme 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.

Logo, cabe aos estabelecimentos localizados em outros Estados, signatários do mencionado Convênio fazerem a retenção e o recolhimento do ICMS quando efetuar venda de medicamentos para estabelecimentos localizados no Estado da Bahia. Entretanto, o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01.11.97, dispõe sobre a não-aplicação ao Estado de São Paulo das normas contidas no Convênio ICMS 76/94, e conforme 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 naqueles 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).

Portanto, à vista das notas fiscais colacionadas aos autos às fls. 113 a 292, e 294 a 325, com o fulcro na declaração expressa (às fls. 371 a 373) conforme especificado anteriormente, da qual o sujeito passivo recebeu cópias e não se manifestou, restou provado que o contribuinte não efetuou a retenção e recolhimento do tributo ou o fez em valor inferior ao efetivamente devido, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária referente às aquisições das mercadorias (medicamentos) provenientes dos estados de Minas Gerais e São Paulo adquiridos junto à Profarma-Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A., consoante demonstram as planilhas às fls. 11 à 113 dos autos, não contestadas de forma específica pelo autuado. Ficam mantidas as duas infrações.

Diante do 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 **279467.0032/08-9**, lavrado contra **M.A. FONSECA CERQUEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.938,56**, 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, 09 de setembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA