

A. I. N° - 232856.0059/08-6
AUTUADO - G B CERQUEIRA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - FLAVIO DO PRADO FRANCO JUNIOR
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 07. 10. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJJ Nº 0278-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA 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 devido por antecipação tributária. Diligência cumprida pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa - INFIP - trouxe como resultado declaração firmada pelo fornecedor, confirmando a realização das operações com o autuado, inclusive, de que o autuado adquiriu e efetuou o pagamento das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal. Não acolhida a arguição de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/08/2008, exige ICMS no valor de R\$ 10.948,82, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89 [artigo 353, II do RICMS/BA], nos meses de janeiro a novembro de 2005, fevereiro e março de 2006. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A, oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária, conforme relação de notas fiscais, geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos – Convênio ICMS 57/95 – e cópias de notas fiscais, anexadas ao processo.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 94 a 115), indicando como endereço profissional para fins de comunicação processual a Praça Artur Alves Pereira, 41, 1º Andar, Centro, Jequié-BA.

Observa que os questionamentos trazidos à apreciação serão feito em razão de existência de equívoco incorrido no levantamento das notas fiscais, assim como, equívoco cometido pelo autuante na tipificação da multa aplicada, por ter sido indicada a prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, quando deveria ser apontada a prevista no inciso III do mesmo artigo.

Argui a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de insuficiência do levantamento fiscal, invocando o art. 142 do Código Tributário Nacional, para dizer que o ato de lançamento é plenamente vinculado, norma que estabelece para o lançamento uma série de objetivos, que são também requisitos essenciais a sua validade, destacando-se a verificação da ocorrência de fato gerador da obrigação fiscal.

Tece considerações sobre a validade do lançamento tributário, a identificação do fato gerador, quer em abstrato, na fixação da hipótese de incidência, quer em concreto, na descrição do fato impositivo, sendo fundamental que o ato do lançamento seja motivado. Invoca e reproduz nesse sentido lição de José Artur Lima Gonçalves.

Sustenta que, no presente caso, a Fiscalização realizou um levantamento superficial e sem a cautela necessária, uma vez que toda a autuação trata de matéria estritamente fática, sendo que, não adquiriu todas as mercadorias levantadas nas notas fiscais. Cita e reproduz decisões do Primeiro Conselho de Contribuintes, nesse sentido.

Alega que o autuante deixou de observar que algumas das notas fiscais anexadas ao Auto de Infração nunca ingressaram no estabelecimento. Diz, ainda, que não lhe foi dado tempo suficiente para apresentar documentos comprobatórios, os chamados “canhotos” das notas fiscais, que foram solicitados ao fornecedor assim que se constatou nos controles internos que as notas fiscais apresentadas não constavam em seu sistema.

Consigna que está apresentando relação de documentos, no caso: a) cópia dos únicos “canhotos” apresentados pelo fornecedor quando da solicitação feita(Doc. 03); b) cópia das notas fiscais não reconhecidas e que o fornecedor não apresentou os documentos comprobatórios de entrega(Docs. 04-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-16-17-18); c) Relação demonstrando o impacto financeiro destas notas no Auto de Infração.(Doc. 19), cabendo a exclusão dos referidos valores da exigência fiscal.

Alega a ausência de provas para confirmar a acusação fiscal, afirmando que, a existência de notas fiscais de saídas nos fornecedores lhe indicando como destinatário, não é meio seguro de prova de que tenha adquirido aquelas mercadorias e, conseqüentemente, não recolhido o imposto por substituição, mesmo porque não poderia recolher, uma vez que não sabia da existência daquelas notas.

Diz que, da análise dos documentos juntados pelo autuante, observa-se a ausência dos respectivos canhotos das notas fiscais com a assinatura do representante ou preposto da empresa, confirmando o recebimento das mercadorias nelas constantes, conforme já pontuado.

Evoca, nesse sentido, a decisão dada pelo CONSEF no Processo- A. I. Nº 1104270020033, reproduzindo trecho do voto.

Alega que o ônus da prova é do Fisco, apresentando quesitos para serem respondidos. Sustenta que a multa aplicada deve ser a prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96, pois a falha diz respeito à escrituração, cabendo a retificação da multa de 60% para 70%.

Invoca os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, para sustentar que estes foram afrontados, assim como, da vedação ao confisco e da capacidade contributiva.

Finaliza requerendo que sejam excluídos os valores cobrados a partir das notas que não possuem as devidas comprovações de ingresso na empresa, conforme discriminado no documento de número 19.

Requer, ainda, a reforma do Auto de Infração no que tange a tipificação da multa aplicada, corrigindo assim equívoco cometido pelo autuante, devendo ser aplicada a multa de 70% e não de 60% como fora feito, com a possibilidade de realizar o pagamento com a redução prevista no art. 45 da Lei 7.014.

Requer, por fim, o julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 156/157, na qual rechaça o argumento defensivo, dizendo que sendo verdadeira as suas alegações, caberia a este acionar judicialmente o emitente das notas fiscais(fornecedor), para que este prove onde foram entregues as mercadorias e os respectivos pagamentos das respectivas duplicatas.

Quanto à alegação defensiva sobre a multa aplicada, afirma que o art. 113, § 3º do CTN, não tem nenhuma relação com o caso em tela, pois está relacionada ao descumprimento de obrigação tributária acessória, enquanto o Auto de Infração trata de descumprimento de obrigação principal.

Aduz que o contribuinte questiona a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, por entender que deveria ser aplicada prevista no inciso III do mesmo artigo, contudo, diz ser totalmente descabida, pois resta claro que a autuação decorreu de aquisições de produtos farmacêuticos oriundos de outros estados, sem o pagamento do ICMS devido por antecipação tributária, sendo que, a própria defesa transcreve literalmente o texto relativo aos fatos, afirmando em seguida que a infração foi realmente cometida. Acrescenta que, soa estranho um argumento que onera a penalidade a ser aplicada de 60% para 70%, contudo, verifica-se que seria pela possibilidade de sua redução, que no caso da lide, em razão da infração cometida, não é devida.

Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 1ª JF, considerando que as 2ª vias das notas fiscais arroladas na autuação foram coletadas diretamente junto ao fornecedor das mercadorias (PROFARMA), converteu o processo em diligência à Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa - INFIP (fl. 172), a fim de que fossem intimados os estabelecimentos fornecedores (São Paulo e Minas Gerais) para apresentarem documentos que comprovassem a realização da transação mercantil com o estabelecimento autuado, relativo às notas fiscais objeto da autuação impugnadas pelo autuado.

O resultado da diligência apresentado pela INFIP (fls. 175 a 177), trouxe declaração firmada pela PROFARMA, confirmando as vendas efetuadas para o autuado, inclusive, identificando as notas fiscais, as duplicatas, data de vencimento, data pagamento e valores.

Intimado para ciência do resultado da diligência (fls. 180/181), o autuado não se manifestou.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas artigo 353, II do RICMS/BA.

Inicialmente, verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado em conformidade com às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, com a entrega ao sujeito passivo de todos os elementos gerados pela Fiscalização, que originaram o lançamento tributário, tendo sido determinados, com segurança, a infração e o infrator, a base de cálculo apurada, inexistindo qualquer vício que inquine de nulidade o lançamento, conforme previsto no art. 18 do mesmo RPAF/99. Não acolho, portanto, a nulidade arguida.

No que concerne à indicação do impugnante do endereço profissional Praça Artur Alves Pereira, 41, 1º andar, Centro, Jequié-BA, para fins de comunicação processual, observo que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Consigno, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

No mérito, verifico que a exigência diz respeito à falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos junto ao fornecedor PROFARMA estabelecido nos Estados de Minas Gerais e São Paulo.

Observo que, no período abrangido pela autuação, os Estados de São Paulo e Minas Gerais já haviam denunciado o Convênio ICMS 76/94. Em relação ao Estado de

Ato COTEP-ICMS 15/97, as normas contidas nesse Convênio não se aplicavam desde 01/11/97. Já no que tange ao Estado de Minas Gerais, o Despacho COTEP Nº 05/01 excluiu a aplicação das disposições contidas no citado Convênio a partir de 01/04/01.

Porém, apesar de o Convênio ICMS 76/94 não se aplicar em relação às aquisições de medicamentos realizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, a legislação interna do Estado da Bahia, em seu art. 353, II, do RICMS-BA, enquadra os medicamentos no regime de substituição tributária.

Em decorrência disto, nas aquisições interestaduais de medicamentos, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto – como no presente caso –, o adquirente das mercadorias é responsável pelo pagamento do ICMS devido por antecipação tributária, na condição de contribuinte substituto, conforme o disposto no art. 371, nos prazos previstos no art. 125, todos do RICMS/BA.

Verifico que a infração imputada ao autuado está fundamentada nas fotocópias das notas fiscais acostadas aos autos, as quais foram obtidas em estabelecimentos da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, localizados nos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, em ação fiscal desenvolvida pelos auditores fiscais Josias Joaquim de Oliveira, Gláucio Dória e José Ronaldo de Souza e Silva, conforme o credenciamento DPF/SUFIS nº 661, da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais, e o ofício PFC-11-Sé nº 064/2006, da Diretoria Executiva da Administração Tributária – DEAT do Estado de São Paulo (fls. 09 e 10). Relevante registrar que, essas notas fiscais constam nos arquivos magnéticos apresentados pelo estabelecimento remetente das mercadorias em comento.

A análise das mencionadas notas fiscais, permite constatar que todos os dados cadastrais do autuado estão nelas identificados; foram emitidas por uma empresa idônea; não contêm vícios que as invalidem; são referentes a produtos do mesmo ramo de atividade do autuado.

Noto que o impugnante sustenta não ter adquirido e nem ter recebido as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais que relaciona à fl. 152, sendo do seu desconhecimento tais documentos fiscais.

Como as notas fiscais arroladas na autuação foram obtidas diretamente junto ao fornecedor das mercadorias, no caso, a empresa PROFARMA, pelos Auditores Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, devidamente credenciados pela Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo e Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, conforme documentos às fls. 164/165, e considerando a alegação do autuado de que não reconhecia as notas fiscais que relacionou no demonstrativo à fl. 152, em razão de não ter recebido as mercadorias nelas discriminadas, a 1ª JFJ converteu o processo em diligência à Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa - INFIP, a fim de que fosse intimado o fornecedor para apresentar documentos que comprovassem a realização da transação mercantil com o estabelecimento autuado, relativamente às notas fiscais objeto da autuação.

O cumprimento da diligência pela INFIP trouxe como resultado, declaração firmada pelo fornecedor, na qual este afirma, textualmente, que “o cliente **G B CERQUEIRA & CIA. LTDA., CNPJ 04.624.595/0001-07**, efetuou compras junto a **PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, situada no estado de São Paulo CNPJ: 45.453.214/0013-95, I.E. 114.878.412.117 e Minas Gerais CNPJ 45.453.214/0020-14, I.E. 1867868930120**”. Importante registrar que, na mencionada declaração, foi apresentada uma tabela contendo o número das notas fiscais, o número das duplicatas, as datas de vencimento, os valores e as datas dos pagamentos realizados pelo autuado em relação às operações listadas no Auto de Infração em exame.

Observe que, ao tomar ciência sobre o resultado da diligência, o autuado silenciou, o que permite concluir ter reconhecido a veracidade da declaração, conforme o art. 140 do RPAF/99, abaixo reproduzido:

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Assim, considerando que as alegações defensivas não estão acompanhadas de qualquer prova que as respaldem e, por seu turno, a acusação imputada ao autuado está fundamentada em notas fiscais acostadas ao processo cujas operações foram confirmadas pelo fornecedor, a infração é integralmente subsistente.

No que concerne à multa indicada na autuação, observo que não pode prosperar a pretensão defensiva, no sentido de que seja aplicada a multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III da Lei 7.014/96. Na realidade, não merece qualquer reparo a multa de 60% apontada no Auto de Infração, haja vista que se encontra prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.14/96, para a irregularidade apurada – falta de recolhimento do ICMS na aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária (medicamentos) – conforme o dispositivo abaixo transcrito:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232856.0059/08-6**, lavrado contra **G B CERQUEIRA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.948,82**, 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 setembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR