

PROCESSO - A. I. N° 269140.0404/09-8
RECORRENTE - ATHOS FARMA S.A. - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0146-05/10
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 10/06/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0109-12/11

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 procedentes. Mantidas as multas e a taxa SELIC, esta última, utilizada para o cálculo dos juros moratórios. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, em relação à Decisão prolatada pela 5ª JJF que, através do Acórdão nº 0146-05/10 decidiu pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em 16/12/2009, que exige ICMS no montante de R\$541.469,83, em razão das seguintes infrações:

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 Convênio ICMS 76/94 (na falta do PMC). Valor do imposto: R\$ 414.196,22.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, referente aos meses de janeiro a maio de 2009. Valor do imposto: R\$102.048,99.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valor do imposto: R\$ 25.224,62.

O contribuinte, através de seu representante legal (procuração anexa), ingressou com defesa às fls. 57 a 68. Nela requereu que fosse anulado o Auto de Infração, uma vez que considera ter sido constada a ilegitimidade passiva. Caso não fosse acolhido esse pleito, requereu que o valor da multa aplicada ficasse reduzido, uma vez demonstrado seu caráter abusivo e confiscatório, bem como os juros aplicados ao Auto de Infração que constitui o processo em epígrafe.

Os autuantes prestaram informação fiscal, acostada às fls.95 a 97 dos autos. Após fazerem um resumo das alegações defensivas, afastaram todos os pedidos suscitados pelo autuado em sua defesa inicial.

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

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal exarou Decisão, na qual julgou Procedente o Auto de Infração em lide. Ressalve-se que a referida junta entendeu não ter havido contestação específica em relação às infrações 2 e 3. Portanto, entendeu legítimo 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.(....)…”.

No que tange à infração 1, a referida junta procedeu detalhada análise nos termos transcritos abaixo:

“(…).

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 transscrito:

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 deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/99, 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.”

O sujeito passivo, inconformado com a Decisão de primeira instância, interpôs Recurso Voluntário, às fls. 115 a 133, no qual suscitou a sua ilegitimidade passiva para integrar um dos polos 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 atacadista, conforme consta do 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, pediu a revisão da penalidade imposta às 03 infrações. Solicitou que o valor da penalidade seja reduzido, tendo em vista o seu caráter confiscatório. Sustentou 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, 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.

Em seguida, o contribuinte alegou 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.

Entendeu que houve erro na exigência dos valores lançados a título de multa e juros moratórios, razão pela qual pediu que fosse 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.

Concluiu, requerendo que seja conhecido e julgado procedente o mencionado Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, ingressou com o seu Parecer opinativo, alegando que não se pode aplicar o Convênio ICMS 76/94, no caso em questão, pois, se trata de operações originárias de Estados não signatários. Aduz que deve ser aplicado o artigo 371 do RICMS/97, que preceitua para a hipótese vertente nos autos que 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, o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, a ser efetuado por antecipação.

Salientou que as multas são legítimas e legais, uma vez que estão em conformidade com o que preceitua o artigo 42, nos seus incisos I, alínea “a” e II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Quanto à adoção da taxa Selic, arguiu que ela encontra-se respaldada no artigo 102 do COTEB.

Concluiu pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Compulsando os autos, verifico que o autuado alegou em sede de Recurso Voluntário, como forma de se eximir da obrigação de cumprir com o crédito tributário a ele imposto pelo fisco, que a infração 1 do Auto de Infração não procede, por força da ilegitimidade passiva do autuado para integrar um dos polos da obrigação tributária principal e pede a nulidade da autuação. No que tange às multas aplicadas no Auto de Infração, diferentemente do que entendeu a 1ª Instância, de fato, o recorrente insurgiu-se contra as mesmas em relação às 3 infrações, nos termos consignados na sua peça recursal à fl. 119 dos autos, pelo seu caráter confiscatório, para pedir o que, caso não fosse acolhida sua pretensão, se procedesse a diminuição ou suspensão da multa, assim como requereu a não aplicabilidade legal da taxa Selic como taxa de juros, devendo o valor dos juros ser recalculado com base em uma taxa de 1% ao mês, como determina o CTN.

Pude constatar, que a infração 1 diz respeito à exigência de ICMS por antecipação tributária, oriundas da entrada de medicamentos por aquisição em operações interestaduais, com origem nas unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94, ou seja, operações de aquisição de mercadorias provenientes dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Distrito Federal, Minas Gerais e Rio Grande do Norte, como por transferência das filiais de Alagoas e Pernambuco para matriz atacadista.

No que tange às aquisições interestaduais, não há que se levar em conta o pactuado no convênio acima citado, como requereu o autuado. Logo, resta aplicar ao caso o que prevê o artigo 371 do RICMS/BA, o qual transcrevo abaixo:

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.

É nítido que o supracitado artigo prevê que a responsabilidade tributária é do estabelecimento adquirente, na condição de substituto. Logo, o ICMS cobrado sobre a circulação das mercadorias que foram alvos de aquisição de outras unidades da Federação, teve seu lançamento de ofício realizado de forma legítima e legal.

No que tange às transferências de mercadorias das filiais dos estados de Alagoas e Pernambuco para a matriz atacadista na Bahia, não se aplica o previsto no art. 371, já que ambos os estados também não são signatários do Convênio ICMS 76/94. Quanto à ressalva deste artigo, referente à hipótese prevista no art. 355 do RICMS/BA, a mesma só seria aplicável se a empresa autuada fosse industrial, todavia o que se constatou é que a operação de transferência se deu das filiais, situadas em Alagoas e Pernambuco, com destino à matriz atacadista, situada em Feira de Santana/BA. Para melhor elucidar este entendimento, transcrevo o referido art. 355 do RICMS/BA, *in verbis*:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da federação ou no exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I-A estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes. (grifos meus)

No que concerne à alegação do recorrente acerca do efeito confiscatório da multa aplicada às 03 infrações e à utilização indevida da taxa Selic, entendo que a multa aplicada está corretamente adequada ao que preceitua o art. 42 nos seus incisos I, “a” e II, “d” da Lei nº 7.014/96. No que tange à Taxa SELIC para cálculo dos juros de mora, a mesma encontra amparo no que dispõe o art. 102 do COTEB.

Inclusive, a nobre PGE/PROFIS segue, em seu Parecer opinativo, este mesmo entendimento jurídico supracitado.

Por tudo quanto analisado, à luz dos autos, concluo pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão de 1º Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou que **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269140.0404/09-8, lavrado contra **ATHOS FARMA S.A. - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$541.469,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$439.420,84 e 50% sobre R\$102.048,99, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, “d” e I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS