

A. I. N° - 108521.0020/09-6
AUTUADO - FARMÁCIA REOBOTE LTDA.
AUTUANTE - EUNICE PAIXÃO GOMES
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 07/05/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0078-03/12

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 pelas 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. Entretanto, não foi comprovado, pelo Fisco, que as mercadorias objeto da imputação tenham sido objeto de operação comercial entre o fornecedor das mercadorias e o sujeito passivo deste processo. Por isso, não ficou caracterizada a autoria da irregularidade apontada nesta autuação fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2009, refere-se à exigência de R\$1.980,54 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas na Substituição Tributária, conforme Notas Fiscais geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos e cópias de Notas Fiscais acostadas ao PAF, nos meses de agosto, outubro, novembro e dezembro de 2004 e janeiro de 2005.

O autuado apresentou impugnação (fls. 50 a 83). Suscita a nulidade da autuação, alegando que a autuante conduziu a imputação fiscal como se houvesse o contribuinte adquirido mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, notadamente Minas Gerais, sem o devido pagamento da antecipação tributária do ICMS, conforme o levantamento fiscal acostado aos autos. Alega que ao afirmar, categoricamente, que o autuado havia adquirido as supostas mercadorias em outras unidades da Federação, sem o contestado recolhimento da antecipação tributária, a autuante utilizou-se de enquadramento legal aplicável tão-somente ao ICMS decorrente de operações internas no Estado da Bahia, consolidando tais informações no seu alcunhado “Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Tributária Devido por Item”. Analisando os dados consolidados no retro enunciado demonstrativo, há que se perceber que a maioria esmagadora dos medicamentos autuados obteve a determinação da base de cálculo através de preço único ou máximo de venda em sugestão determinada pelo fabricante ou pelo importador, restando uma pequena parcela subsumida aos percentuais estipulados pelos Anexos 88 e 89 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Decreto n.º 6.284/97, quando haveria, neste diapasão, em relação ao Anexo 88, referência ao comando delineado pelo Convênio ICMS n.º 76/94, aquele que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos.

Friza que no mencionado demonstrativo fiscal, oriundo do rol das Notas Fiscais analisadas, percebe-se que pouquíssimos produtos sofreram a incidência da MVA, que ora alcançou a dimensão de 20%, no caso dos produtos listados no Anexo 89 do RICMS, ou 49,08% em face do seu Anexo 88, que, por sua vez, remete-se, explicitamente, à aplicação dos percentuais previstos no Convênio ICMS n.º 76/94 e inciso I do § 2º do art. 61 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Decreto n.º 6.284/97. Diz que a maior parte do restante da exigência pautou-se em preço fixado pela Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A., inteiramente discriminado nas Notas Fiscais analisadas, destacando, também, que em várias outras Notas Fiscais utilizadas, como, por exemplo, as Notas Fiscais emitidas em 2004, um terceiro e, também, ilegal critério foi aplicado, já que se extraíram os preços de vendas dos medicamentos sem qualquer referência ao valor indicado pelo distribuidor, pois as Notas Fiscais mencionadas não trazem qualquer alusão indicativa de tal dimensão quantitativa pecuniária.

Reproduz o art. 61 do RICMS/BA, citado no Auto de Infração e diz que o procedimento fiscal não possui previsão normativa, pois o próprio Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Decreto n.º 6.284/97 e o Convênio ICMS n.º 76/94 são uníssonos ao não contemplar a figura do preço sugerido pelo distribuidor, caso em que se subsume o suposto fornecedor dos produtos autuados. Assegura que o próprio inciso I do art. 61 do RICMS não faz referência a qualquer precificação com base em valores praticados pela figura do distribuidor e/ou atacadista, isto porque, na condição de distribuidor e/ou atacadista é este quem assume a condição de sujeito passivo da obrigação tributária imposta pela substituição tributária e não o revendedor da mercadoria.

Salienta que a Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A. constitui-se, como a sua própria denominação social revela, em uma distribuidora de medicamentos, atestado através dos Ofícios de Credenciamento de Autoridades Fiscais de Minas Gerais e São Paulo, bem como pela descrição dos fatos organizada pela autuante no corpo do Auto de Infração, não podendo ser subsumida nem na condição de fabricante, nem muito menos de importadora. Assim, o defendant afirma que a autuante quantificou a suposta exação atribuída sem previsão normativa para tanto, pelo que o Auto de Infração lavrado deve ser julgado nulo de pleno Direito. Diz que o mais grave gira em torno da indefinição da hipotética infração cometida pelo contribuinte, haja vista que em relação a certos produtos a autuante utilizou-se do Convênio ICMS n.º 76/94 para extrair o percentual de MVA a ser aplicado em determinados medicamentos, ou seja, parte da autuação refere-se a uma suposta metodologia a ser aplicada, tendo em vista operações internas de circulação de mercadorias, enquanto que outra parte extraiu suas convicções em Convênio Interestadual que versa sobre substituição tributária.

Diz que não pode deixar de mencionar a grande inocorrência produzida, pois se o Convênio ICMS n.º 76/94 foi denunciado pelo Estado Federativo indicado, qual seja, Minas Gerais. Pergunta, como aplicá-lo para consolidação da base de cálculo da antecipação tributária? Entende que tal contradição é insanável e impensável, pois fere toda a lógica jurídica da imputação da responsabilidade fiscal efetivada. Neste caso, rechaça-se um regra normativa, o Convênio ICMS n.º 76/94, mas aplica-se o seu conteúdo para efeito de tributação. Se o entendimento é no sentido de que o Convênio ICMS n.º 76/94 estaria em vigor, o Auto de Infração seria, neste aspecto, improcedente, porque a substituição tributária deveria ser aplicada, com a responsabilidade fiscal do fornecedor dos supostos produtos distribuídos. Salienta que, como fator complicador no novelo engendrado pela autuação, o próprio Convênio ICMS n.º 76/94 não prevê a aplicação de suas normas para o caso de distribuidores. O defendant conclui que não há como sustentar a autuação promovida, pois dos elementos contraditórios focados na Instrução Fiscal em destaque não há segurança na hipotética infração promovida pelo autuado, já que embora a descrição fática tenha afirmado a incomprovada aquisição de mercadorias de outras unidades federativas, a metodologia da base de cálculo empreendida pautou-se em dispositivos relacionados a operações internas dentro da Bahia. Pede a nulidade do presente Auto de Infração, com base na alínea 'a' do inciso IV do art. 18 do Decreto Estadual n.º 7.629/99 – RPAF/BA.

Em relação à apuração da base imponível da antecipação tributária do ICMS discutida no Auto de Infração, o defendant afirma que inexiste previsão normativa legal e/ou infralegal que a determine. Diz que a única referência efetuada pela autuante, em suas considerações acerca do enquadramento legal da exigência imposta, indica a existência do art. 371 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Decreto n.º 6.284/97. Assegura que em nenhum momento o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Decreto n.º 6.284/97 ordenou a condução da quantificação do suposto crédito tributário pretendido na forma pela qual a autuante empreendeu, muito menos ao mesclar, no mesmo demonstrativo, critérios de apuração ora voltados para operações internas de mercadorias, ora para aquisições interestaduais, com base em convênio já denunciado, e inclusive não aplicável ao suposto fornecedor dos medicamentos, como já destacado anteriormente. Reitera a alegação de que a metodologia utilizada não encontra respaldo legal/regulamentar, e não pode prosperar em termos de ato administrativo vinculado, sendo-lhe imperiosa a decretação de sua nulidade, em face do preconizado princípio da autotutela da gestão pública, aplicável com toda a sua força de império ao presente Auto de Infração.

Outro aspecto alegado pelo defendant é a ausência da discriminação do NBM/SH das mercadorias autuadas. Diz que a autuante não discriminou, em relação aos itens tributados com MVA com base no Anexo 88 combinado com o Convênio ICMS n.º 76/94, a sua classificação de acordo com a NBM/SH, o que fragiliza a força imponível da base de cálculo apurada. Reproduz a Cláusula Segunda do Convênio ICMS n.º 76/94, e assegura que dentro dos produtos tributados nenhum deles estaria enquadrado na exceção estabelecida pelo item 1 do § 1º da Cláusula Segunda do Convênio ICMS n.º 76/94.

Salienta que a autuante, ao quantificar o valor da base imponível da hipotética diferença de tributo almejada, utilizou-se de três critérios: (I) no primeiro deles evocou a prescrição normativa indevida do inciso I do art. 61 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Decreto n.º 6.284/97, quando se remeteu aos valores sugeridos pelo fabricante e/ou importador das mercadorias; (II) no segundo, na impossibilidade da utilização dos elementos anteriormente preconizados, empreendeu a aplicação dos percentuais de MVA estipulados pelos Anexos 88 e 89 do RICMS c/com o Convênio n.º 76/94; e, por fim, o (III) terceiro, todavia mais agravante, estimou o quanto da exação sem a explicitação de qualquer critério de determinação dos preços dos medicamentos autuados. Afirma que nas Notas Fiscais emitidas em 2004, não se encontra nenhum preço referencial de importador ou fabricante, nem muito menos a aplicação de qualquer percentual de MVA aos produtos indicados. Nos demonstrativos de cálculo apresentados, a Fiscalização utilizou-se de critério próprio e aleatório de valoração, sem determinação legal, estabelecendo preços de venda nunca dantes divulgados, o que revela mensuração própria e desbordada de legalidade, em verdadeiro arbitramento ilegal e desautorizado, o que eiva de nulidade a autuação.

Quanto às notas fiscais emitidas em 2004 pela Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A. oriundas de Minas Gerais, alega que foi exigido o imposto relativo à antecipação tributária, quando este Estado federativo somente denunciou o Convênio n.º 76/94 através do Despacho n.º 03/05, de 07/01/05. Por isso, entende ser impossível a exigência da antecipação tributária em relação às notas fiscais de 2004, pois estas estariam inseridas na substituição tributária, devendo tal exigência recair sobre a figura do substituto responsável, no caso o suposto distribuidor dos produtos farmacêuticos. Reafirma que há insegurança residente na determinação da base imponível do tributo pretendido.

Também alega que apesar da evidente nulidade do presente Auto de Infração, não há nada que impeça prosseguir nas alegações defensivas em direção à improcedência da autuação.

Afirma que, na hipótese de o defendant ter adquirido mercadorias em qualquer outra unidade da Federação, não haveria a possibilidade de materialização da incidência da antecipação tributária do ICMS pelo adquirente, pois todas as aquisições de suas mercadorias são destinadas ao consumidor final, portanto, não há se falar em exigência da antecipação tributária.

Informa que se trata de empresa de varejo, típica sociedade empresária de comercialização em pequena escala, considerada empresa de pequeno porte como se identifica na folha de rosto do próprio Auto de Infração, realizando as suas operações a granel, ou seja, em diminuta quantidade por espécie de medicamento comercializado, já que todos os produtos adquiridos pelo seu comércio destinam-se a vendas a serem promovidas ao consumidor final. Neste caso, entende que o inciso VII do art. 355 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Decreto n.º 6.284/97 exime o autuado de tal recolhimento. Pede que seja cumprida norma regulamentar do RICMS e decretada a improcedência da autuação.

Quanto às mercadorias objeto da autuação, o defendente afirma que a exigência fiscal também não se sustenta, devendo ser clamada a sua improcedência porque não adquiriu qualquer das mercadorias evidenciadas pelas Notas Fiscais apresentadas pela autuante no levantamento fiscal. Diz que são várias Notas Fiscais apresentadas pela Fiscalização, e nenhuma delas possui qualquer sinal identificador de haver passado em qualquer posto fiscal das unidades federativas entre Minas Gerais e Bahia, muito menos existe o recebimento de tais mercadorias por parte do autuado no canhoto do formulário da Nota Fiscal impressa, sem deixar de comentar a ausência de identificação dos transportadores, nem de qualquer conhecimento de frete, até mesmo para a identificação dos veículos que transitaram interestadualmente. Entende que a mera existência de documentos fiscais como os apresentados não detêm o condão sequer de produzir presunção *iuris tantum* do hipotético ilícito atribuído ao defendente. Diz que se trata de indício tênu, fragilizado, pois não comprova a aquisição da mercadoria, nem muito menos a sua entrada no estabelecimento do autuado. Salienta, ainda, que as Notas Fiscais objeto de autuação não foram capturadas no CFAMT - o que poderia redundar em aplicação de eventual roteiro presuntivo, mas sim, junto ao estabelecimento emitente das mesmas, em simples cópias de segundas vias do arquivo, o que não comprova a efetiva entrada das mercadorias em solo do Estado da Bahia.

Entende que o *onus probandi* de demonstrar a aquisição de tais mercadorias por parte do defendente seria da autuante, o que efetivamente não ocorreu, em face dos argumentos anteriormente expendidos. Comenta que a falta da comprovação da entrada das mercadorias é fato incontrovertido, o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia – CONSEF, em recente julgado, emanado da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, no dia 10.02.2009, em decisão unânime, decidiu julgar improcedente o Auto de Infração 279467.0031/08-2, no Acórdão JJF n.º 0010-04.09.

Além disso, alega que a exigência do ICMS de supostas omissões fiscais identificadas pelo recebimento de mercadorias tributadas com base no regime da antecipação tributária, somente poderia materializar-se em função de levantamento quantitativo de estoques, seja a nível fechado e/ou aberto, que atestasse a concreção da hipótese engendrada pela Fiscalização. Se a procedência de uma autuação somente é atestada por tal auditoria específica, ou seja, através de levantamento quantitativo de mercadorias, a ausência de tal procedimento apuratório faz ressoar a improcedência do feito. Cita o Acórdão JJF N° 0481-03/03 e decisão da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal por meio da Resolução nº 4992/98.

Por fim, o defendente pede a improcedência da autuação seja com base na alforria do inciso VII do art. 355 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Decreto n.º 6.284/97 que a exime de tal recolhimento, seja pela ausência do recebimento das mercadorias indicadas nas Notas Fiscais elencadas no demonstrativo fiscal apresentado; ou, pela nulidade do feito, diante da fragilidade da base de cálculo e/ou da determinação com segurança da hipotética infração cometida pelo autuado.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 107 a 113 dos autos. Afirma que, diferentemente do que alega o autuado, verifica-se o correto enquadramento, apenas pela simples leitura dos constantes no Auto de Infração. O artigo 371 trata, entre outras coisas, das aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária, quando não existe convênio ou Protocolo entre a Bahia e o Estado de origem. O artigo 61 trata da base de cálculo para fins de antecipação na entrada de mercadorias. Informa que em relação à

determinação da base de cálculo, tanto o artigo 61 quanto o Anexo 88 do RICMS/BA, remetem ao Convênio 76/94. Transcreve a Cláusula Segunda do mencionado Convênio e afirma que se percebe claramente que o impugnante desconhece os procedimentos para obtenção da base de cálculo, pois o autuado descreve exatamente o que manda o Convênio 76/94 como se incorreto estivesse. Assegura que a Base de Cálculo está correta, ou seja, foi utilizada a ordem ditada pelo Convênio 76/94: primeiro, utilizando o PMC para os medicamentos publicados pelo ABCFARMA e depois o valor da operação para aqueles que não tiverem o respectivo PMC. Com relação à MVA, informa que foi utilizada a Lista Negativa (49,08%) por ser a mais conservadora, pois não havia como identificar se a mercadoria possuía, ou não, outorga de crédito do PIS/COFINS.

Quanto ao art. 61 do RICMS/BA (caput e incisos), diz que se aplica unicamente às operações internas, não sendo aplicável às aquisições interestaduais. O referido artigo trata da determinação da Base de Cálculo para fins de antecipação tributária e, combinado com o Artigo 371, irá completar o enquadramento legal. Com relação à alegação de que o inciso I do artigo 61 do RICMS/BA não faz referência a qualquer forma de obtenção do preço com base em valores praticados pela figura do distribuidor ou atacadista, para melhor entendimento, transcreve a alínea “a” do inciso II do mencionado artigo 61 e a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93. Apresenta o entendimento de que, em qualquer operação interestadual cuja mercadoria possua Convênio ou Protocolo, fica atribuída ao remetente a responsabilidade do tributo, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. Assegura que ficou caracterizada a figura do Atacadista e do Distribuidor como responsáveis pela substituição tributária. No caso em tela, os Estados de Minas Gerais e São Paulo denunciaram o Convênio 76/94 e, portanto, não são obrigados à retenção do ICMS-ST, porém o contribuinte do Estado da Bahia ao adquirir mercadorias provenientes de empresas desta natureza fica obrigado a efetuar a Antecipação Tributária.

Em relação ao argumento do autuado contestando a metodologia aplicada para determinação da base de cálculo, esclarece que o enquadramento da infração, tem como base legal de sustentação do ilícito tributário, combinando os artigos 61, 371 e 125 do RICMS/BA, e que no artigo 61, § 5º, inciso I, fica evidenciada a recepção do Convênio ICMS 76/94, no que for aplicável. Salienta que o Convênio ICMS 76/94, recepcionado no RICMS/BA, artigo 61, determina na sua Cláusula Segunda, que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial – PMC (ABCFARMA). Na falta deste, toma-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente incluído o valor IPI, frete e demais despesas e sobre este montante o percentual da margem de valor agregado – MVA. Assim entende que fica patenteado que tão somente o RICMS-BA foi utilizado para consolidação da base de cálculo da antecipação tributária, não existindo conforme infere erroneamente a defesa, a dupla metodologia aplicada para determinação da base de cálculo. Diz que não há nenhuma incoerência na formação da Base de Cálculo para fins de antecipação tributária, tendo em vista o anexo 88 do RICMS/BA, item 14, que versa sobre medicamentos, especifica que os percentuais a serem aplicados são os estabelecidos no Convênio ICMS 76/94 além do art. 61 § 2º inciso I do RICMS/BA. Portanto, diz que a aplicabilidade dos ditames do Convênio ICMS nº 76/94 para identificação da base de cálculo tem respaldo legal no RICMS, não procedendo as alegações da defesa.

A autuante também contesta a alegação defensiva de que o Auto de Infração não contém elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração e o infrator, e diz que o Demonstrativo de Débito anexado ao PAF constitui elemento necessário e suficiente para a clara identificação dos medicamentos, objeto desta autuação. Entende que a não discriminação da classificação da NBM/SH, item a item, em nada dificulta o entendimento do processo de identificação da base de cálculo, pois a descrição das mercadorias, item a item, torna bastante clara e óbvia a autuação. Ressalta que além do Demonstrativo de Débito analítico, encontram-se no processo as cópias das notas fiscais onde constam todos os detalhes legalmente exigidos. Afirma que é inconteste que as cópias das Notas Fiscais (folhas 26 a 46 do PAF foram requeridas e

entregues diretamente pela PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A, situada nos Estados de São Paulo e Minas Gerais. O que reforça definitivamente a prova material da aquisição das mercadorias, é que as notas foram entregues pelo fornecedor juntamente com os arquivos magnéticos, conforme regulamenta o Convênio ICMS 57/95. Entende que estas duas comprovações legais que suportam de forma contundente o auto, não deixam dúvidas, não havendo necessidade de comprovações adicionais, quanto à origem da mercadoria e o destino das mesmas.

Finaliza, assegurando que o presente lançamento foi efetuado com base nos documentos fiscais apresentados à fiscalização e pede a procedência do Auto de Infração em lide.

Às fls. 117/118 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para que a autuante solicitasse do remetente das mercadorias e juntasse aos autos os seguintes documentos: a) pedidos das mercadorias, conforme indicado nas notas fiscais acostadas ao PAF; b) canhoto das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias; c) comprovantes de recebimento dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias, etc.).

Também foi solicitado que a Inspetoria Fazendária fornecesse ao defendantе cópia das fls. 11 a 25 do PAF, dos documentos acostados ao presente PAF em cumprimento à diligência e do encaminhamento da diligência. Que fosse reaberto o prazo de defesa, de trinta dias.

A autuante prestou informação fiscal à fl. 120 do PAF, dizendo que no processo de nº 056442/2009-5, referente ao Auto de Infração nº 108521.0001/09-1, foi informado pela INFIP que é impossível a obtenção de pedidos, canhotos de notas fiscais, Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) ou comprovantes de pagamento. Como o levantamento se refere ao período de novembro de 2004 a abril de 2006, já ocorreu a decadência em relação ao mencionado período, e o fornecedor do autuado está desobrigado da guarda dos documentos. A autuante disse que foram citados alguns Autos de Infração julgados procedentes pelo CONSEF, acrescentando que não houve recurso para nenhuma das decisões. Diz que, seguindo os julgamentos já realizados sobre a mesma questão, os prepostos da INFIP arrecadaram somente cópias das notas fiscais. Conclui reafirmando que o presente lançamento foi efetuado com base nos documentos fiscais apresentados à fiscalização. Juntou aos autos a informação prestada pela INFIP.

O presente PAF foi redistribuído para o atual relator, porque a relatora anterior foi designada Conselheira da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

VOTO

Inicialmente, observo que não foi determinada a intimação do autuado quanto ao resultado da diligência fiscal, considerando que não foram acostados aos autos novos elementos, e a última informação fiscal não alterou qualquer dado constante do PAF.

Nas razões defensivas, o autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, com base na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF/BA. Deixo de apreciar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, por constatar a possibilidade de aplicar ao presente caso o disposto no art. 155, parágrafo único, do RPAF/BA.

O parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, estabelece que, se houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Portanto, diante da possibilidade decidir o mérito em favor do sujeito passivo, a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deixo de apreciar as alegações de nulidade suscitadas pelo defendantе.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de

Substituição Tributária, conforme Notas Fiscais acostadas ao PAF. Meses de agosto, outubro, novembro e dezembro de 2004 e janeiro de 2005.

Foi exigido do sujeito passivo o imposto devido por substituição tributária, na condição de contribuinte substituto, relativamente às aquisições interestaduais de medicamentos e produtos farmacêuticos junto ao fornecedor PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, localizado em Contagem - Minas Gerais, unidade da Federação não signatária do Convênio ICMS 76/94.

Não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto, previstas no Convênio ICMS 76/94, pelas 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, relativamente às suas próprias operações e às subsequentes.

Observo que a legislação estadual atribui ao destinatário a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido nas operações próprias e subsequentes, consoante previsto no art. 371 do RICMS/BA, a seguir reproduzido:

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.

Entendo que, ficando caracterizada a responsabilidade do autuado em relação às aquisições de medicamentos, na condição de contribuinte substituto, deve ser aplicado, em relação à base de cálculo, o previsto no art. 61, I e II, c/c o § 2º, I, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, os quais estabelecem que:

O autuado alegou que não adquiriu as mercadorias. Disse que em diversas notas fiscais objeto da autuação (fls. 26 a 46 do PAF), não consta qualquer indicação quanto à fatura, datas de vencimento e valor, e os dados relativos ao frete e transportador. Em outras Notas Fiscais foi consignado o termo “o próprio” no campo destinado aos dados do transportador.

Na busca da verdade material, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para que a autuante solicitasse do remetente das mercadorias e juntasse aos autos os seguintes documentos: a) pedidos das mercadorias, conforme indicado nas notas fiscais acostadas ao PAF; b) canhoto das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias; c) comprovantes de recebimento dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias, etc.).

Entretanto, não houve atendimento ao solicitado, sendo informado pela autuante à fl. 120 do PAF, que no processo de nº 056442/2009-5, referente ao Auto de Infração nº 108521.0001/09-1, lavrado contra a empresa R2 Drograrias Ltda., solicitou ao Inspetor Fazendário que fosse encaminhado o processo à INFIP, tendo sido informado pela mencionada Inspetoria que é impossível a obtenção de pedidos, canhotos de notas fiscais, Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) ou comprovantes de pagamento. Como o levantamento se refere ao período de novembro de 2004 a abril de 2006, já ocorreu a decadência em relação ao mencionado período, e o fornecedor do autuado está desobrigado da guarda dos documentos. A autuante disse que foram citados alguns Autos de Infração julgados procedentes pelo CONSEF e que não houve recurso para nenhuma das decisões. Disse que, seguindo os julgamentos já realizados sobre a mesma questão, os prepostos da INFIP arrecadaram somente cópias das notas fiscais. Juntou aos autos a informação prestada pela INFIP.

A mencionada informação prestada pela INFIP se refere ao Auto de Infração de nº 108521.0001/09-1, tendo sido informado ser impossível a obtenção de pedidos, canhotos de notas fiscais, CTRCs ou comprovantes de pagamento.

Por outro lado, para o julgamento do PAF referente ao A. I. N° 269203.0025/08-8, efetuado por meio do ACÓRDÃO CJF N° 0424-11/10, a Câmara de Julgamento Fiscal encaminhou o processo em diligência à SAT/INFIP para que fossem coletadas provas complementares capazes de comprovar as operações mercantis descritas nos documentos fiscais. Em atendimento, foi anexado documento da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A, declarando que o destinatário das mercadorias efetuou compras junto ao seu estabelecimento e relacionou as notas fiscais com respectivas duplicatas, vencimentos, valores e datas de pagamentos. Portanto, neste caso, foram providenciadas provas confirmado a realização das operações pelo destinatário das mercadorias.

Observo que a responsabilidade tributária é atribuída por lei, de modo expresso, a pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação. Assim, para que alguém seja considerado responsável tributário há necessidade da existência de uma ligação entre o sujeito responsável e o fato imponível, ou seja, uma relação entre a pessoa do contribuinte e a situação descrita como fato gerador da obrigação tributária.

Saliento que este CONSEF tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais coletadas no CFAMT, referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte, constituem prova da circulação e da entrada das mercadorias neste Estado.

No caso em exame as notas fiscais foram obtidas diretamente junto ao fornecedor. Apesar de se encontrar dados do autuado nas notas fiscais objeto do Auto de Infração, não ficou comprovada a existência de vínculo do autuado com os fatos geradores do imposto exigido no presente lançamento, em razão da falta de prova, neste processo, de que as mercadorias tenham, de fato, sido adquiridas pelo sujeito passivo.

Assim, apesar de a legislação prever que deve ser efetuado o recolhimento da antecipação pelo destinatário, não foi comprovado, pelo Fisco, que as mercadorias objeto da imputação tenham sido objeto de operação comercial entre o fornecedor das mercadorias e o sujeito passivo deste processo. Por isso, não ficou caracterizada a autoria da irregularidade apontada nesta autuação fiscal, sendo insubstancial.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 108521.0020/09-6**, lavrado contra **FARMÁCIA REOBOTE LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA