

A. I. N° - 273307.0008/12-6
AUTUADO - DIVCOM PHARMA PRODUTOS FARMACÊUTICOS NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10.06.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0110-02/14

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. MERCADORIAS RELACIONADAS NO CONVÊNIO ICMS 76/94. **a) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. b) FALTA DE RETENÇÃO.** Comprovado que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária. Rejeitadas as alegações de nulidade. Indeferidos os pedidos de perícia e de diligência. Refeitos os cálculos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2012, para constituir crédito tributário no valor histórico de R\$578.433,75, em razão de:

Infração 01 – 08.15.01 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor histórico: R\$478.067,40.

Infração 02 – 08.15.03 – Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor histórico: R\$100.366,35.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 92 a 108, arguindo 6 preliminares de nulidade.

1ª PRELIMINAR DE NULIDADE – Da falta de entrega dos demonstrativos que embasaram o lançamento de ofício - Aduz que a Constituição Federal, no seu artigo 5º, LV, garante aos litigantes em processo administrativo ou judicial o contraditório e a ampla defesa, por esse motivo todas as provas que consubstanciaram a lavratura do Auto de Infração devem obrigatoriamente ser entregues ao autuado mediante recibo, nos termos dos artigos 28 § 4º, 41, II do RPAF-BA. Assegura que o defendente não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do suposto imposto devido. Por conseguinte, ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa, transcrevendo trechos das ementas do ACÓRDÃO CJF N° 0033-12/05 e ACÓRDÃO CJF N° 0041-12/05.

2ª PRELIMINAR DE NULIDADE – Da impossibilidade de o autuado figurar no polo passivo da relação jurídico tributária - Frisa que o artigo 6º inciso XV da Lei 7014/96, preleciona a responsabilidade pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais ao contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário. Realça que o autuado não obteve a inscrição estadual junto à SEFAZ-BA e, por isso, não pode figurar no polo passivo da relação jurídico tributária, devendo o tributo ser cobrado do adquirente da mercadoria, salientando que a solicitação de inscrição estadual é facultativa no Estado da Bahia. Portanto, a responsabilidade

recai para o destinatário da mercadoria por força de comando legal estatuído na Lei do ICMS baiana.

3ª PRELIMINAR DE NULIDADE – Da inexistência de enquadramento legal por infração em cláusulas de Convênio sobre substituição tributária - Salienta que, nos termos do artigo 100, inciso IV, do CTN, os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos. Uma vez firmado um Convênio entre dois ou mais Estados ou DF, o mesmo deverá ser ratificado (ou não) pelas respectivas Assembleias Estaduais. Só após aprovados legislativamente, os convênios passam a ter eficácia, pois é o Poder Legislativo de cada Estado e do Distrito Federal que, ratificando o Convênio, o estabelecem como válido naquele Estado ou DF.

Registra que o autuante disse que o contribuinte não obedeceu as regras das cláusulas primeira e quarta do Convênio ICMS 76/94, entretanto, entende o autuado que desobedecer às cláusulas de Convênio não ratificados pela Assembleia Legislativa baiana não é motivo suficiente para lavratura de Auto de Infração. Assegura que o disposto no *caput* do art. 49, da Lei Estadual nº 7.014/96, que autoriza o Poder Executivo a ratificar os convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, é completamente inconstitucional, porque o Poder Legislativo não pode delegar matéria de sua competência privativa, como é o caso.

Cita que foi deferida, em 14/06/1995, pelo STF, por votação unânime, medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.296, contra Lei Estadual n.º 11.205/95, do Estado de Pernambuco, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, suspendendo a eficácia dessa lei, que outorga ao Poder Executivo a prerrogativa de dispor, normativamente, sobre matéria tributária, por ofensa ao princípio da reserva absoluta de lei em sentido formal.

4ª PRELIMINAR DE NULIDADE – Trata da possibilidade e obrigatoriedade de inscrição estadual pela sociedade em cada Estado Brasileiro - Discorre sobre as consequências fiscais da obtenção de inscrições estaduais em outros Estados pela sociedade, destacando que, embora possa ser considerada "obrigatória" na maioria dos estados, a falta de inscrição, em princípio, não acarreta penalidades severas, mas uma sistemática mais trabalhosa de recolhimento, com emissão de GNRE para cada operação de saída. Afirma que o contribuinte autuado não teve interesse em solicitar inscrição estadual na Bahia, até mesmo por não ser obrigatória, e deixar que o recolhimento do tributo devido por substituição tributária fosse de responsabilidade do adquirente no Estado da Bahia.

5ª PRELIMINAR DE NULIDADE – Alega ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor - Realça que a referida entidade tem a finalidade de defender os interesses dos empresários do setor comercial, não detendo legalmente a competência para estabelecimento de preços máximos sugeridos ao consumidor conforme determinou o fiscal autuante. Afirma que ABCFARMA não é fabricante, nem importador, nem tampouco entidade que representa os fabricantes, por conseguinte não está amparada legalmente para estabelecer preços.

Cita que diversos julgados do CONSEF têm mostrado o equívoco na apreciação desta questão, talvez por ainda não ter sido levantada por nenhum contribuinte baiano, por completo desconhecimento da atividade da referida entidade. Não se trata, reitera, de representação de fabricantes ou importadores apenas uma organização composta por representantes de empresas comerciais, sejam elas atacadistas ou varejistas.

Expressa que, para a validade e eficácia do lançamento de ofício, o autuante deveria anexar lista de preços sugeridos ao consumidor de cada laboratório fabricante e aí estariam sendo obedecidos os comandos do legislador complementar. No presente caso, não há que se falar em preço sugerido ao público por entidade comercial.

Questiona: “Qual a cláusula do Convênio 76/94 ou da legislação baiana se refere a tabela de preços da ABC FARMA, ANVISA OU QUALQUER OUTRA, COMO CRITÉRIO DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO?”

6ª PRELIMINAR DE NULIDADE - Destaca falta de apresentação das tabelas de preços da ABC FARMA em meio magnético relativas aos períodos fiscalizados.

No mérito, com relação à infração 01, aduz que os documentos acostados ao presente processo comprovam que os valores reclamados pelo autuante a título de ICMS retido e não recolhido foram devidamente pagos pelo impugnante e que devem ser reconhecidos pela fiscalização para que não haja prejuízos incalculáveis para o contribuinte.

Diz que, ao imputar irregularidade fiscal ao defendente aplicando penalidade de 150%, sem a devida conferência, a fiscalização incorreu em erro que deve ser imediatamente corrigido, para evitar danos financeiros que não possam ser compensados pela empresa.

Assegura que as cópias das GNRES tempestivamente recolhidas integram o presente processo, além de demonstrativos com a apropriação dos valores dentro do mês.

Salienta que a composição do saldo a apropriar é o pagamento reconhecido, menos as notas fiscais pagas em um determinado mês, os pagamentos a apropriar, o total de outros clientes e o saldo reconhecido no anexo 2. Destaca que o autuante apropriou notas fiscais em um determinado mês e não observou que o pagamento foi realizado no mês seguinte.

Frisa que diversos são os exemplos em que o autuado recolhia no mês seguinte à emissão da NFe, fato não observado pelo autuante.

Acrescenta que diversas GNRE foram recolhidas em nome do adquirente (Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz), que também não foram computadas pela fiscalização.

Apresenta como exemplo a tabela à folha 104 dos autos.

No que tange à infração 02, diz que também não pode prosperar, tendo em vista que o adquirente recolheu o ICMS devido, conforme provas acostadas ao presente processo. Como exemplo, cita as notas fiscais: 73, 119, 374, 375, 376, 708, 810 e 815, cujos valores foram recolhidos pela DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA. Além desse equívoco, a fiscalização calculou o valor do ICMS aplicando PMC incorreto, a exemplo da nota fiscal de nº 344 de 16/01/2009 que foi apurado o valor de R\$127,34, como valor não retido. Aplicando-se o PMC correto do produto o valor seria de R\$270,07, que foi devidamente recolhido no Banco do Brasil em 19/01/2009, conforme demonstrativo denominado “GNRES PAGAS NO EXERCÍCIO DE 2009 EXTRAÍDAS DO SIGAT”. (Anexo 02).

Entende que a multa aplicada tem caráter confiscatório, afrontando às garantias constitucionais.

Ao final, requer:

1 – Seja anulado o Auto de Infração por vício formal insanável, uma vez que a descrição dos fatos e demais elementos constantes dos demonstrativos do quantum do ICMS, e capitulação legal não retratam, com clareza, os fatos e o direito que substancializaram a autuação, cerceando o Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório do Contribuinte.

2- Seja reconhecida a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor;

3- Seja reconhecida que houve a falta de apresentação das tabelas de preços da ABC FARMA em papel.

4- Seja reconhecida a falta de previsão legal para o enquadramento legal das infrações.

5- Reconhecer a responsabilidade do adquirente na Bahia pelo recolhimento do imposto por força do artigo 6º, XIV do RIMS-BA.

6- Reconhecer a falta de obrigatoriedade para inscrição do autuado como contribuinte substituto.

7- Que seja julgado improcedente a autuação pelos inúmeros erros materiais relacionados pela fiscalização, pagamentos realizados que não foram considerados, pagamentos realizados pelo adquirente, PMC apurado de forma equivocada pela fiscalização.

8- Haja o reconhecimento de que as multas aplicadas tem efeito confiscatório.

Requer, ainda, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, além de perícia e a apresentação de todos os meios de prova, além de juntada de documentos *a posteriori*.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 512 a 519, preliminarmente, salienta que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal.

Frisa que foram obedecidas as seguintes premissas:

A empresa autuada é contribuinte não inscrito no Estado da Bahia, tendo como atividade a distribuição de produtos farmacêuticos, estando, portanto, sujeito à substituição tributária nas suas operações mercantis para este Estado.

O Estado da Paraíba é signatário do Convênio (ICMS 76/94).

Passou a contestar os argumentos da defendente.

Quanto a alegação defensiva de cerceamento ao direito de defesa, aduz que os demonstrativos acostados ao PAF apresentam todas as informações necessárias e suficientes para a clareza e fácil compreensão dos cálculos utilizados para a obtenção do resultado. Às fls. 04 e 05, encontra-se o resumo mês a mês dos valores autuados. À fl. 11, está o resumo do ICMS retido e não recolhido (exercícios de 2009 e 2010), de acordo com os Anexos 1 e 2 (fls. 12 a 46), que discriminam as operações de vendas através de NF-e para este Estado, bem como os recolhimentos efetuados por intermédio das GNRE's. Às fls. 47 e 48, está o demonstrativo do ICMS não retido no exercício de 2008, relativo às notas fiscais anexadas às fls. 49 a 83. Às fls. 84 a 86, estão os demonstrativos analíticos do ICMS não retido nos exercícios de 2009 e 2010, que trazem informações de cada Nota Fiscal, item a item, alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada e reduzida e o ICMS-ST encontrado. Salienta que o modelo utilizado é o padrão da SEFAZ e é gerado automaticamente pelos sistemas. Por fim, ressalta que além dos referidos demonstrativos terem sido entregues ao autuado, todos eles foram gravados em meios magnéticos, sendo acostado ao PAF, à fl. 87, e entregue ao contribuinte, conforme comprovante à fl. 88.

No tocante a alegação defensiva de ilegitimidade passiva/da falta de obrigatoriedade de inscrição no Estado, esclarece que, ao comercializar produtos objetos de substituição tributária, fica cristalina a responsabilidade de obediência à legislação pertinente, inclusive aos Convênios e Protocolos firmados entre os Estados, independentemente de inscrição estadual. Tanto assim que a defendente, localizada em outra Unidade da Federação, vem efetuando a retenção do ICMS-ST, como Substituto Tributário, por entender que o Estado da Paraíba é signatário do Convênio ICMS 76/94 e, portanto, deve efetuar a retenção do referido imposto.

Destaca que o Regulamento do ICMS estabelece em seu artigo 370 que: *“Nas operações interestaduais, a substituição tributária rege-se conforme o disposto nesta subseção e nos Convênios e Protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas (Conv. ICMS 81/93).”*

Frisa que o autuado, que é empresa distribuidora de medicamentos, deixou de recolher a retenção feita do ICMS ST em operações de vendas para contribuintes localizados neste Estado. A obrigação do recolhimento do ICMS Substituição Tributária pelo autuado decorre por força do disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93: *“Cláusula Segunda Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.”*

Realça que o autuado, independente do fato de ser inscrito neste Estado, figura como Responsável e não como Sujeito Passivo, ficando obrigado a reter e recolher o ICMS ST por comercializar produtos enquadrados no Convênio 76/94.

Aduz que, por outro lado, o autuado não se enquadra na condição da “não obrigatoriedade de retenção e recolhimento” por não ser o sujeito passivo indicado no citado Convênio.

Entende ser claro que a empresa não é sujeito passivo por substituição, conforme Parágrafo Único da Cláusula Quinta do Convênio 81/93 (acrescido pelo Conv. 114/03 com efeitos a partir de 01/01/04) e Cláusula primeira do Convênio 76/94, o qual transcreve:

1. *“CONVÊNIO ICMS 81/93: Estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.*
2. *Cláusula Quinta*
3. *...*
4. *Parágrafo Único Sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria.” (Acrescido o parágrafo único pelo Conv. ICMS 114/03, efeitos a partir de 01/01/04)*
5. *“CONVÊNIO ICMS 76/94: Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos.*
6. *Cláusula Primeira: Nas operações com os produtos a seguir indicados, classificados nos respectivos códigos ou posições da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário:*

Argumenta que ser importador ou fabricante são condições determinantes para figurar como sujeito passivo. Lembra que o autuado é empresa Atacadista e, por não ser fabricante ou importador, está fora da possibilidade de se abrigar na condição de sujeito passivo e sim de responsável. Portanto, a “não aplicabilidade” da Substituição Tributária, conforme inciso II, cláusula quinta do Convênio 81/93 (Normas Gerais) também não se aplica neste caso, pois a sua aplicabilidade restringe-se exclusivamente aos “Importadores” e “Industriais Fabricantes”.

Sustenta que o inciso II do Art. 355 do RICMS/BA e o Art. 3-A do Decreto 7799/00 não se aplicam ao presente caso.

Em relação a alegação defensiva de inexistência de enquadramento legal – garante que, mais uma vez, não assiste razão ao autuado. Aduz que a Emenda Constitucional nº 03/93 veio reafirmar a sistemática da antecipação do recolhimento do tributo instituída por convênio. Ademais, de acordo com o que dispõe o art. 167, I, do Decreto nº 7.629 de 09 de julho 1999 – RPAF, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Relativamente a alegação defensiva de ilegitimidade da ABCFARMA como órgão competente para estabelecer PMC, reconhece que a ABCFARMA não estabelece preço máximo de venda ao consumidor. Aduz que a referida entidade apenas divulga os preços estabelecidos pelos próprios fabricantes através de Revistas especializadas e pelo site (Internet) ao público. O autuado está correto ao citar o § 3º do Artigo 8º da Lei Complementar 87/96, pois os preços divulgados pela ABCFARMA são os preços sugeridos pelos próprios fabricantes:

Art. 8º - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

Assim, entende que os julgadores do CONSEF não estão equivocados na apreciação da questão, conforme comenta em contrário o impugnante. Quanto às listas de preços publicados pela ABCFARMA, são de livre acesso ao público, encontrando-se em quaisquer drogarias e farmácias. Mesmo assim, anexa aos autos em meio magnético (fl. 531).

Relativamente ao mérito, em relação à infração 01 (imposto retido e não recolhido), aduz o autuado acosta aos autos: demonstrativos, várias cópias de notas fiscais e GNRE's, dizendo que os recolhimentos não foram considerados na ação fiscal. No entanto, assegura o autuante que razão não assiste ao impugnante, pois todas as notas mencionadas estão elencadas nos Anexos 2 (recolhimentos efetuados pelo contribuinte), à exceção, todavia, das notas fiscais que foram recolhidas por outros contribuintes, a exemplo das NF's nºs 407 e 410 - Distrifar Nordeste Ltda –

CNPJ 08.059.688/0001-97, conforme documentos, fls. 126 e 130; NF's nºs 851, 959, 990, 1105 – Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda. – CNPJ 61.940.292/0055-20 (fls. 141, 148, 151 e 154), dentre outras.

Reitera que a obrigação do recolhimento do ICMS Substituição Tributária pelo autuado decorre por força do disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93. Ou seja, o autuado que é contribuinte, independente do fato de ser inscrito neste Estado, figura como o Responsável e obrigado a reter e recolher o ICMS ST, por comercializar produtos enquadrados no Convênio 76/94, cujo Estado da Paraíba é signatário. Nas referidas operações o autuado reteve, porém não efetuou o recolhimento em seu nome.

Afirma que a legitimação dos valores que, por ventura, forem retidos pelo remetente depende obrigatoriamente de uma fiscalização profunda e integral de suas operações mercantis, não podendo ser no presente PAF.

Acrescenta que a empresa que efetuar incorretamente a retenção e o respectivo pagamento do imposto ao Estado da Bahia poderá, a qualquer tempo, através de processo regular, solicitar a restituição do valor que foi recolhido ao Estado por engano, acarretando prejuízo ao Estado, caso seja reconhecido na presente lide como correto, um procedimento irregular.

Acredita que tais esclarecimentos são suficientes para demonstrar a recusa por parte da fiscalização em considerar as GNRE's ora questionadas, mesmo estas fazendo referência, no Campo 23 – “Informações Complementares”, ao autuado. Registra que não há vínculo legal e sistêmico destas informações complementares da GNRE com os pagamentos do sujeito passivo, sendo necessário para isto que o pagamento fosse feito em nome do mesmo (Campo 16 da GNRE) e seu CNPJ (Campo 03).

No que diz respeito às demais notas citadas pelo sujeito passivo, frisa que as mesmas tiveram seu recolhimento devidamente considerados no Anexo 2, a exemplo das NF's 703 e 704 (fl. 32); NF's 930, 933 939 (fl. 33); NF's 2285, 2303 a 2307 (fl. 36); NF 3644 (fl. 39).

Em relação à alegação de que algumas notas fiscais foram canceladas, como as de nº 3549 e 3550, informa que as mesmas aparecem como autorizadas nos arquivos de NFe – Anexo 1 (fl. 23).

Quanto à alegação de que a ação fiscal apropriou notas fiscais em um determinado mês e não observou que o pagamento foi realizado no mês seguinte, reconhece o autuante que no Anexo 2 ocorreram algumas apropriações fora dos meses de referência e, por tal motivo, elabora novos demonstrativos às fls. 520 a 529, com as correções devidas (Anexo 1 às fls. 12 a 30 não sofreu mudança). Ressalta, no entanto, que as correções mencionadas não ensejaram grandes alterações no total do imposto devido, uma vez que houve apenas relocação de pagamentos. O débito efetivamente foi detectado através de batimento entre as Notas Fiscais Eletrônicas, emitidas pelo contribuinte, com os valores realmente por ele recolhidos, extraídos do sistema SIGAT. Nesse cruzamento, foi detectada a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Observa que na planilha resumo, fl. 529, que nos meses onde ocorreu recolhimento a maior, comparado com as NF's-e emitidas (Anexo 1 que permanece inalterado), tais valores foram considerados nos meses seguintes, de maneira que o autuado não fosse prejudicado.

No que tange à infração 02 (falta de retenção e recolhimento), inicialmente destaca que o contribuinte não inscrito, apesar de ter começado a realizar vendas para o Estado da Bahia a partir de maio/2008, mesmo intimado, não conseguiu apresentar os arquivos magnéticos de forma completa, alegando impossibilidade operacional. No entanto, obteve as notas fiscais por ele emitidas nesse período, apurando falta de retenção do ICMS ST em diversas notas fiscais.

Aduz que o sujeito passivo voltou a alegar que o imposto teria sido recolhido por um dos destinatários das NF's anexadas pela ação fiscal, fls. 49 a 83, cujos documentos informam retenção 0,00 para o ICMS-ST. Acostou documentos, fls. 464 a 467, que não comprovam o pagamento do imposto devido.

Em relação ao questionamento do PMC utilizado na ação fiscal, ressalta o autuante que, em relação à Base de Cálculo do ICMS Substituição Tributária, a legislação é bastante clara, tanto no RICMS/BA quanto no próprio Convênio ICMS 76/94.

Seguindo a legislação pertinente, o referido imposto foi corretamente calculado para o exercício de 2008, conforme demonstrativos às fls. 47 e 48.

No que se refere aos exercícios de 2009 e 2010, reconhece que os valores exigidos devem ser excluídos da autuação, uma vez que as notas fiscais ali mencionadas, fls. 84 a 86, já foram objeto de cobrança na infração 01. As mesmas foram relacionadas no Anexo 1, fls. 12 a 30, que serviu de base para exigência do imposto, ao ser comparado com os efetivos recolhimentos (Anexo 2 – às fls. 520 a 528, após retificação).

Em relação à alegação de que a cobrança de multa tem caráter confiscatório, menciona que é bastante enfatizar que a mesma é decorrente da legislação pertinente, não havendo o que contestar.

Ao final, opina pela procedência parcial após as retificações efetuadas e novo demonstrativo de débito anexado à fl. 530.

Em nova peça defensiva, fls. 547 a 550, o autuado requer reabertura do prazo de defesa, alegando que o autuante acostou ao presente processo diversas planilhas conforme de verifica às folhas 520 a 530, apresentando novos demonstrativos de débito que precisam de um exame mais apurado e detalhado pelo autuado para que este possa exercer o sagrado exercício do contraditório e da ampla defesa, garantidos pela Constituição Federal.

Aduz que é humanamente impossível para o impugnante conferir todo o trabalho acostado ao presente processo administrativo fiscal no exíguo prazo de 10 dias, quando o diligente obteve mais de 60 (sessenta dias) para contestar as alegações defensivas, conforme se comprova entre a data do recebimento do PAF pelo autuante dia 22/10/2013, e o registro da informação fiscal em 21/12/2013. Em que pese o artigo 127 do RPAF, determinar o prazo máximo de 20 dias para que o preposto fiscal preste a informação fiscal, prazo que foi desobedecido, não cumprindo o disposto no artigo 129 do mesmo diploma legal.

Argumenta que ferem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a concessão de prazos diferenciados entre os litigantes. Inconcebível que o autuado tenha apenas 10 dias para examinar os novos demonstrativos acostados ao processo pelo autuante, que não fizeram parte do demonstrativo original, envolvendo: cálculo de imposto, MVA aplicada, mercadorias não enquadradas na substituição tributária, mercadorias devolvidas, créditos fiscais não consignados, alíquota aplicada etc.

Reitera que já está comprovado no presente PAF que o Auto de Infração apresenta diversas irregularidades, desde a sua lavratura, por equívocos cometidos pelo autuante, que ainda não foram sanados, citando os artigos 2º e 46 do RPAF-BA.

Ao final, aduz que, em razão de novos demonstrativos de débito, requer que seja a reabertura do prazo de defesa em 30 dias, conforme é pratica recorrente deste Colegiado.

Em nova informação fiscal, fls. 565 e 566 o autuante aduz que as novas planilhas e demonstrativos anexados por ocasião da informação fiscal, apenas corrigiram algumas apropriações para considerar as notas fiscais nos meses de seu efetivo pagamento (Infração 01 – Anexo 2), e para excluir valores na Infração 02 (fls. 84 a 86) que já tinha sido objeto de cobrança na Infração 01 (fls. 12 a 30).

Ressalta que tais correções foram, inclusive, objeto de pleito do autuado em sua peça de defesa. Portanto, entende não haver necessidade de reabertura do prazo de defesa, pois, além de sido cumprido ao que determina o art. 18, §1º, do RPA/BA, os elementos constitutivos do processo já são suficientes para o julgamento da lide.

O autuado, na terceira peça defensiva, fls. 569 a 572, sustenta que o autuante acostou ao presente processo diversas planilhas conforme de verifica às folhas 520 a 530, apresentando novos demonstrativos de débito sem retirar do *quantum* exigido os valores já recolhidos pelo impugnante.

Frisa que o principal defeito do Auto de Infração é o fato de que os recolhimentos realizados pelo cliente da empresa, Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda., Inscrição Estadual nº 74.535.578, não foram considerados pelo autuante.

Explica que o autuado se trata de uma Distribuidora de Medicamentos localizada em Campina Grande, Estado da Paraíba, unidade federada signatária do Convênio ICMS nº 76/94 (Medicamentos). Por força do Convênio ICMS nº 81/93, o contribuinte de outra unidade da federação que não possuir inscrição estadual no Estado destinatário é obrigado a recolher o ICMS devido por substituição tributária em cada operação, sendo a remessa acompanhada com a GNRE respectiva. E assim o autuado vem cumprindo rigorosamente. Ocorre que um dos clientes da empresa, já citado, Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda., Inscrição Estadual nº 74.535.578, exigiu que nas remessas para sua empresa as Guias fossem emitidas em seu nome.

Argumenta que, se este Auto de Infração vier a prosperar, haverá um enriquecimento ilícito para o Estado da Bahia, eis que o ICMS devido por substituição tributária já foi recolhido pelo destinatário (Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda., Inscrição Estadual nº 74.535.578), e estará sendo cobrado em duplicidade ao defendente.

Diz que, para comprovar as suas argumentações acosta novamente farta documentação e demonstrativo, comprovando que inexistiu ICMS a recolher pelo autuado, planilhas às folhas 571 e 572.

Ao final, requer diligência por fiscal estranho ao feito, de preferência por preposto da ASTEC.

O autuante, em terceira informação fiscal, fls. 761 a 763, volta a afirmar que as novas planilhas e demonstrativos anexados, por ocasião da primeira informação fiscal, corrigiram algumas apropriações para considerar as notas fiscais nos meses de seu efetivo pagamento (Infração 01 – Anexo 2), e para excluir valores na Infração 02 (fls. 84 a 86) que já tinham sido objeto de cobrança na Infração 01 (fls. 12 a 30). Tais correções foram, inclusive, objeto de pleito do autuado em sua peça de defesa.

No que diz respeito aos documentos novamente anexados pelo autuado, dizendo que não foram considerados no cálculo do imposto devido, ressalta que, conforme já consignado na primeira manifestação, a obrigação do recolhimento do ICMS Substituição Tributária pelo autuado decorre por força do disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93. Ou seja, o autuado que é contribuinte, independente do fato de ser inscrito neste Estado, figura como o Responsável e obrigado a reter e recolher o ICMS ST, por comercializar produtos enquadrados no Convênio ICMS 76/94, cujo Estado da Paraíba é signatário. Nas referidas operações o autuado reteve, porém não efetuou o recolhimento em seu nome.

Entende ser estranho a alegação de que um de seus destinatários (Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda.) ter exigido que, nas remessas para sua empresa, as Guias fossem emitidas em seu nome, já que a obrigação é exclusiva do remetente.

Reitera que a legitimação dos valores que, por ventura, forem retidos em nome do destinatário depende obrigatoriamente de uma fiscalização profunda e integral de suas operações mercantis não podendo ser realizada nos autos. Ademais, a empresa que efetuar incorretamente a retenção e o respectivo pagamento do imposto ao Estado da Bahia poderá a qualquer tempo, através de processo regular, solicitar a restituição do valor que foi recolhido ao Estado por engano acarretando prejuízo ao Estado, caso esta fiscalização reconheça o pagamento e considere como correto um procedimento irregular.

Reitera, ainda, que tais esclarecimentos são suficientes para demonstrarem a recusa por parte desta fiscalização em considerar as GNRE's ora questionadas, mesmo algumas delas fazendo

referência, no Campo 23 – “Informações Complementares”, ao autuado. Registra que não há vínculo legal e sistêmico destas informações complementares da GNRE com os pagamentos do sujeito passivo, sendo necessário para isto que o pagamento fosse feito em nome do mesmo (Campo 16 da GNRE) e seu CNPJ (Campo 03).

Ao final, opina pela procedência parcial após as retificações efetuadas, e novo demonstrativo de débito anexado à fl. 530.

Às folhas 767/768, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT-Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento do Pagamento, constando o pagamento do valor histórico de R\$74.786,16.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 02 (duas) infrações.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não acolho as preliminares de nulidade arguidas pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, uma vez que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico, tendo acostado os seguintes levantamentos: às fls. 04 e 05, resumo mês a mês dos valores autuados; à fl. 11, resumo do ICMS retido e não recolhido (exercícios de 2009 e 2010), de acordo com os Anexos 1 e 2 (fls. 12 a 46), que discriminam as operações de vendas através de NF-e para este Estado, bem como os recolhimentos efetuados por intermédio das GNRE's; às fls. 47 a 48, demonstrativo do ICMS não retido no exercício de 2008, relativo às notas fiscais anexadas às fls. 49 a 83 e às fls. 84 a 86, demonstrativos analíticos do ICMS não retido nos exercícios de 2009 e 2010, que trazem informações de cada Nota Fiscal, item a item, alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada e reduzida e o ICMS-ST encontrado.

Em relação a alegação defensiva de cerceamento ao direito de defesa, pois não teria recebido cópias dos demonstrativos fiscais, a mesma não pode ser acolhida, uma vez que consta nos autos às folhas 89 e 90 os comprovantes de entrega dos referidos demonstrativos, os quais foram gravados em CD, igualmente entregue ao sujeito passivo.

De igual modo, também foi entregue ao autuado os demonstrativos revisados acostados às folhas 520 a 530 e CD à folha 531, conforme Termo de Intimação e recibo às folhas 544 e 545.

Relativamente ao argumento de ilegitimidade passiva, não cabe acolhimento, uma vez que a empresa autuada é empresa distribuidora de medicamentos, sendo contribuinte não inscrito no Estado da Bahia, tendo como atividade a distribuição de produtos farmacêuticos, estando, portanto, sujeito à substituição tributária nas suas operações mercantis para este Estado, pois o Estado da Paraíba é signatário do Convênio ICMS 76/94.

A responsabilidade do autuado independe de inscrição estadual, fato que é reconhecido pelo próprio sujeito passivo, o qual, apesar de se encontrar em outra Unidade da Federação, vem efetuando a retenção do ICMS-ST, como Substituto Tributário, por entender que o Estado da Paraíba é signatário do Convênio ICMS 76/94.

Observe que o Regulamento do ICMS estabelece em seu artigo 370 que nas operações interestaduais, a substituição tributária rege-se conforme o disposto na subseção do RICMS e nos Convênios e Protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas.

A obrigação do recolhimento do ICMS Substituição Tributária pelo autuado decorre por força do disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93, a qual estabelece que nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Em referência ao argumento de falta de obrigatoriedade de inscrição neste Estado, entendo que o autuado é contribuinte, independente do fato de ser inscrito neste Estado, ficando obrigado a reter e recolher o ICMS ST por comercializar produtos enquadrados no Convênio 76/94. Como já dito acima, o autuado é empresa Atacadista e, por não ser fabricante ou importador, está fora da possibilidade de se abrigar na condição de sujeito passivo e sim de responsável. Portanto, a “não aplicabilidade” da Substituição Tributária, conforme inciso II, cláusula quinta do Convênio 81/93 (Normas Gerais) também não se aplica neste caso, pois a sua aplicabilidade restringe-se exclusivamente aos “Importadores” e “Industriais Fabricantes”.

No tocante a alegação de inexistência de enquadramento legal, que segundo a defesa o disposto no caput do art. 49, da Lei Estadual nº 7.014/96 que autoriza o Poder Executivo a ratificar os convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional, porque o Poder Legislativo não pode delegar matéria de sua competência privativa, devo ressaltar que a questão de inconstitucionalidade já foi afastada no início do presente voto.

Quanto ao argumento de ilegitimidade da ABCFARMA como órgão competente para estabelecer PMC, também não pode ser acolhido, pois a referida entidade apenas divulga os estabelecidos pelos próprios fabricantes através de Revistas especializadas e pelo site (Internet) ao público, razão pela qual não concordo com a defesa de que os julgamentos do CONSEF estariam equivocados.

Relativamente a alegação defensiva de falta de apresentação das Tabelas de Preços da ABCFARMA, a mesma não é causa de nulidade, uma vez que se trata de listas de preços de livre acesso ao público, encontrando-se em quaisquer drogarias e farmácias e publicada na internet. Ademais, o autuante apresentou os referidos documentos em meio magnético à folha 531 dos autos, o qual foi entregue o autuado, fls. 544 e 545.

Cabe registrar que o sujeito passivo, após receber o CD com a referida tabela, não mais se manifestou sobre o tema. Ademais, sendo o autuado uma empresa que atua no ramo de medicamento pressupõe o amplo conhecimento da mesma.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Superadas as questões preliminares, passo ao exame do mérito da autuação.

Na infração 01, é imputado ao autuado ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Em sua defesa o sujeito passivo assegura que os valores foram efetivamente recolhidos, acostando cópias de GNRE's, demonstrativos com a apropriação dos valores dentro do mês. Salienta que o autuante apropriou notas fiscais em um determinado mês e não observou que o pagamento foi realizado no mês seguinte.

Em sua informação fiscal, o autuante ressalta que todas as notas mencionadas pela defesa estão elencadas nos Anexos 2 (recolhimentos efetuados pelo contribuinte), à exceção, todavia, das notas fiscais que foram recolhidas por outros contribuintes, a exemplo das NF's nºs 407 e 410 - Distrifar Nordeste Ltda - CNPJ 08.059.688/0001-97, conforme docs. às fls. 126 e 130; NF's nºs 851, 959, 990, 1105 - Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda. - CNPJ 61.940.292/0055-20 (fls. 141, 148, 151 e 154), dentre outras.

Entendo que o procedimento da fiscalização em não considerar recolhimentos realizados em nomes de outras empresas, distintas da empresa autuado, foi correto. Não resta dúvida que a obrigação do recolhimento do ICMS Substituição Tributária é da empresa autuada, conforme disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93. Logo, a empresa autuada é a responsável pela retenção e recolher o ICMS ST, por comercializar produtos enquadrados no Convênio 76/94, cujo estado da Paraíba é signatário, mesmo não tendo inscrição no Estado da Bahia, conforme já analisado nas preliminares.

Por outro lado, a empresa que efetuar incorretamente recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia poderá a qualquer tempo, através de processo regular, solicitar a restituição do referido valor.

Concordo também com o autuante de que não há vínculo legal entre as informações complementares da GNRE com o imposto devido, pois é necessário que o pagamento seja feito em nome do autuado (Campo 16 da GNRE), e seu CNPJ (Campo 03).

Relativamente às demais notas citadas pelo sujeito passivo, constatei que as mesmas tiveram seu recolhimento devidamente considerados no Anexo 2, a exemplo das NF's 703 e 704 (fl.32); NF's 930, 933 939 (fl. 33); NF's 2285, 2303 a 2307 (fl. 36); NF 3644 (fl. 39). Fato que não foi mais contestado pelo autuado em suas manifestações defensivas após o recebimento da informação fiscal.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de cancelamento das Notas Fiscais nºs 3549 e 3550, uma vez que o autuado não apresentou prova do alegado. Ademais, as mesmas aparecem como autorizadas nos arquivos de NFe - Anexo 1, fl. 23 dos autos.

Acolho o argumento defensivo de que a ação fiscal apropriou notas fiscais em um determinado mês e não observou que o pagamento foi realizado no mês seguinte. Fato que foi reconhecido pelo próprio autuante, o qual elaborou novos demonstrativos às fls. 520 a 529, com as correções devidas, as quais acato integralmente.

Logo, a infração 01 é parcialmente procedente, no valor de R\$467.613,95, conforme planilha à folha 530 dos autos.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter deixado de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Em sua defesa, o sujeito passivo assegura que o adquirente recolheu o ICMS devido, conforme provas acostadas ao presente processo. Como exemplo, cita as notas fiscais: 73, 119, 374, 375, 376, 708, 810 e 815, cujos valores teriam sido recolhidos pela DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA. Trata-se de alegação que já foi analisada na infração 01 e não foi acolhida. Portanto, entendo que não é capaz de elidir a infração, pelos motivos alinhados na infração anterior.

Alegou, ainda, a defesa que a fiscalização calculou o valor do ICMS, aplicando PMC incorreto, a exemplo da Nota Fiscal de nº 344 de 16/01/2009 que foi apurado o valor de R\$127,34, como valor não retido, e aplicando-se o PMC correto do produto o valor seria de R\$270,07.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acatado, uma vez que restou comprovado, fato que o autuante reconheceu que os valores exigidos deveriam ser excluídos da autuação, uma vez que as notas fiscais ali mencionadas, fls. 84 a 86, já foram objeto de cobrança na infração 01.

Logo, a infração 02 é parcialmente procedente, no valor de R\$80.955,86, conforme planilha à folha 530 dos autos.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme abaixo:

| INFRAÇÕES | JULGAMENTO | VALOR HISTÓRICO |
|-----------|---------------------|-----------------|
| 1 | PROCEDENTE EM PARTE | 467.613,95 |
| 2 | PROCEDENTE EM PARTE | 80.955,86 |
| TOTAL | | 548.569,81 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **273307.0008/12-6**, lavrado contra **DIVCOM PHARMA PRODUTOS FARMACÊUTICOS NORDESTE LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$548.569,81**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$80.955,86 e 150% sobre R\$467.613,95, previstas no art. 42, II, “e” e V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR