

A. I. N° - 269203.0025/08-8
AUTUADO - DRUGSTORE DROGARIA DO POVO LTDA.
AUTUANTE - SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 01.06.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0140-04/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com medicamentos originários de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94 o destinatário localizado neste Estado signatário do citado Convênio é responsável pelo pagamento do imposto por antecipação. Não comprovado que as compras foram realizadas em estabelecimentos localizados neste Estado. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/08/08, exige ICMS no valor de R\$23.404,70 acrescido de multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos que adquiriu produtos farmacêuticos de empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária do imposto, conforme notas fiscais relacionadas nos arquivos magnéticos (Conv. ICMS 57/95) e cópia de notas fiscais juntadas ao processo.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 280 a 281), preliminarmente esclarece que o Auto de Infração decorre da compra de mercadorias sujeitas à substituição tributária “adquirida de outro Estado da Federação, especificamente aqueles que não possuíam convênios com o Estado da Bahia e em especial Minas Gerais e São Paulo”.

Informa que comprou medicamentos junto a PROFARMA S.A. localizada na BR 324, Quadra A, lote 22, Porto Seco Pirajá em Salvador e que “NÃO adquiriu mercadoria alguma fora do Estado, tão pouco nos Estados de Minas Gerais e Bahia [São Paulo], adquiriu SIM, de empresa situada dentro do Estado da Bahia, empresa que era responsável pelo recolhimento do ICMS na condição de CONTRIBUINTE SUBSTITUTO”.

Observa que a natureza da operação indicada nas notas fiscais é de venda de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária com CFOP 5403, o que no seu entendimento evidencia responsabilidade de recolhimento do ICMS pela PROFARMA.

Alega que se a origem da mercadoria foi dos Estados de Minas Gerais ou São Paulo, “isso é de total desconhecimento desta peticionária e caso confirmado, o ICMS é devido pela PROFARMA, uma vez que as mercadorias foram retiradas no endereço da PROFARMA” localizada no Porto Seco Pirajá e caso tenha havido transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, o ICMS é devido pela filial localizada neste Estado e não dele como pretende a fiscalização. Requer a improcedência do Auto de Infração.

A autuante na informação fiscal (fls. 287 a 289) inicialmente discorre sobre a infração, alegações defensivas e passa a contestá-las na mesma ordem.

Afirma que conforme cópias das notas fiscais juntadas às fls. 50 a 278, o autuado adquiriu os produtos objeto da autuação da PROFARMA localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais

que não são signatários do Convênio ICMS 76/94, que regra a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, por força do Ato Cotepe-ICMS 15/97 e Despacho 05/01 com efeitos a partir de 01/04/01 dispõem sobre não aplicação das normas do citado Convênio para os Estados de São Paulo e Minas Gerais.

Ressalta que conforme disposto na Cláusula 1ª, §3º do referido Convênio, a responsabilidade de efetuar a antecipação do ICMS relativo às aquisições de produtos recebidos sem a retenção é do contribuinte varejista localizado neste Estado, no presente caso, o autuado.

Relativamente ao argumento defensivo de que o imposto deveria ser exigido da PROFARMA localizada em Salvador, afirma que as cópias de notas fiscais que embasaram o Auto de Infração, foram requeridas e entregues, de forma legal pela PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos, situada nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, mediante diligência autorizada ao fisco baiano, conforme credenciais às fls. 7 e 8, bem como fornecido os arquivos magnéticos correspondentes nos termos do Convênio ICMS 57/95.

Por fim, diz que o autuado não apresentou qualquer elemento evidenciando que as compras dos produtos foram realizadas no Estado da Bahia, e que a simples negativa de cometimento da infração não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal ao teor do art. 143 do RPAF/BA. Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS por antecipação relativo às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos).

Na defesa apresentada o impugnante não questionou os critérios de apuração do imposto e débito, limitando-se apenas ao argumento de que adquiriu as mercadorias de filial do fornecedor localizado neste Estado o que foi contestado pela autuante na informação fiscal.

Com relação à alegação de que adquiriu produtos enquadrados no regime de substituição tributária da PROFARMA, que detém inscrição neste Estado e que o imposto deveria ser exigido dela, não pode ser acatada tendo em vista que as notas fiscais objeto da autuação (fls. 50/278) foram emitidas pela PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos localizadas nos Estados de São Paulo (Inscrição Estadual 114.878.412.117) e Minas Gerais (Inscrição Estadual 186.786.893.01-20) e não pelo localizado neste Estado.

Caso ficasse provado que as mercadorias objeto da autuação tivessem sido comercializadas por estabelecimento distribuidor localizado neste Estado, o mesmo seria responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto. Como o impugnante não juntou à defesa qualquer documento para provar tal alegação, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Conforme disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único (medicamentos) fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Logo, cabe aos estabelecimentos localizados em outros Estados, fazer a retenção e o recolhimento do ICMS quando efetuar venda de medicamentos para estabelecimentos localizados no Estado da Bahia que é signatário do mencionado Convênio. Entretanto, o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01.11.97, dispõe sobre a não-aplicação ao Estado de São Paulo das normas contidas no Convênio ICMS 76/94. Com relação ao Estado Minas Gerais, o Despacho Cotepe nº 05/01, estabelecia que não se aplica àquele Estado; aderiu pelo Convênio 100/03 a partir de 01/01/04, prorrogado pelos Convênios 143/03; 68/04 e 83/04 (adiou para 1º/01/05). Já o Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01.01.05 Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94.

Assim sendo, tendo os Estados de São Paulo e Minas Gerais denunciado o Convênio ICMS 76/94, não se aplica as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto às empresas localizadas naqueles Estados, ficando as aquisições interestaduais de medicamentos que é enquadrado no regime de substituição tributária, sujeitas à antecipação do ICMS pelo destinatário na condição de contribuinte substituto, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125 tudo do RICMS/BA (Cl. 1ª, §3º do Convênio ICMS 76/94).

Por isso, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o ICMS deve ser exigido do fornecedor e não do destinatário das mercadorias objeto da autuação. Além do mais, em se tratando de comercialização de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, não houve retenção do ICMS-ST no momento da aquisição e pressupõe-se que o impugnante não tributou as operações de vendas do produto, caso ocorresse, ensejaria apenas a aplicação de uma multa de caráter formal. De qualquer forma, o procedimento adotado pelo autuado implicou em não pagamento de imposto de circulação de mercadorias de direito ao Estado da Bahia.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **269203.0025/08-8**, lavrado contra **DRUGSTORE DROGARIA DO POVO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.404,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR