

A. I. N° - 269203.0027/08-0
AUTUADO - G S S DROGARIA E FARMÁCIA LTDA.
AUTUANTE - SUELI CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16.06.09

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0169-04/09

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. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/08/2008, exige ICMS no montante de R\$ 20.588,87, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, em função da falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 do RICMS/BA. Está registrado no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS do Auto de Infração que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos dos estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária, conforme relação de notas fiscais geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos – Convênio ICMS 57/95 – e cópias de notas fiscais anexadas.

O sujeito passivo impugna o lançamento às fls. 340 e 341. Inicia aduzindo que adquiriu medicamentos junto à Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., com endereço na Rodovia BR 324, sentido Feira de Santana / Lado Direito, S/N, km 07, Quadra A, Lote 22, Porto Seco Pirajá, CEP 41.233-030, Salvador, Bahia. Diz não ter adquirido qualquer mercadoria de fora do Estado, mas de empresa localizada na Bahia, que entende ser a responsável por substituição tributária. Alega, ainda, que pela natureza da operação (CFOP 5403) está evidenciado que a responsável pelo pagamento do tributo é a PROFARMA. Assevera total desconhecimento da eventual origem dos medicamentos (Estados de SP e MG). Caso seja confirmada a citada origem, entende que o ICMS é devido pela PROFARMA, uma vez que os produtos foram retirados da unidade de Porto Seco Pirajá, que deve ser responsabilizada, tendo em vista a transferência entre estabelecimentos da mesma empresa.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, de fls. 347 a 349, a autuante argumenta que, conforme cópias das notas fiscais de fls. 90 a 338, a impugnante adquiriu os produtos descritos no Auto de Infração junto à Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, nas unidades de São Paulo e Minas Gerais, que não são signatários do Convênio ICMS 76/94. Assim, a responsabilidade pelo ICMS devido por antecipação tributária é da empresa autuada. Salienta que as cópias das notas fiscais constantes deste processo foram requeridas e entregues de forma legal, diretamente pelas unidades de Minas Gerais e São Paulo da PROFARMA, que autorizaram ação diligencial do Fisco

da Bahia, nos termos dos documentos de fls. 07 e 08. Reforça a sua tese, no sentido de comprovar a materialidade da infração, dizendo que também foram utilizados os arquivos magnéticos entregues pelo fornecedor juntamente com as notas fiscais. Afirma que o autuado não trouxe aos autos qualquer prova de que adquiriu os medicamentos no Estado da Bahia, e que o art. 143 do RPAF/99 determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em função da falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

O sujeito passivo entende que não é responsável pelo recolhimento do tributo ora cobrado, mas sim a unidade da PROFARMA localizada no Estado da Bahia, pois alega ter adquirido os medicamentos junto à mesma.

A autuante não concorda com as razões de defesa, principalmente pelo fato de o autuado não ter provado a aquisição interna.

Consoante o 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 subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Conforme Despacho COTEPE nº 05 de 01/03/2001, o mencionado Convênio passou a não se aplicar ao Estado de Minas Gerais. Por sua vez, o Convênio 100/03 firmou a adesão de Minas Gerais ao Convênio 76/94, a partir de 01/01/04. Todavia, o Convênio 143, de 12/01/2003, adiou a inclusão para 01/08/04 e em seguida o Convênio 68, de 13/08/04, para 30/09/04. Finalmente, o Convênio 83/04 adiou a inclusão de MG para 01/01/2005. Através do Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01/01/2005, o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94, ficando, portanto as empresas localizadas naquele Estado eximidas do cumprimento das regras contidas naquele Convênio.

Idêntico raciocínio é aplicável nas aquisições de medicamentos originários do Estado de São Paulo, pois o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01/11/1997, dispôs sobre a não aplicação a esta unidade federada das normas contidas no Convênio ICMS 76/94.

Desta forma, não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 às 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, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355 e nos prazos previstos no art. 125 do RICMS/BA.

Assim, tem fundamento jurídico a exigência tributária em tela, pois trata de aquisições de medicamentos originários dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, conforme cópias de notas fiscais às fls. 90 a 338, nas quais o destinatário tinha por obrigação efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nos moldes dos supracitados artigos do RICMS/BA.

Da análise das mencionadas notas fiscais, verifico que o CFOP constante em todas elas é 6102 (operações interestaduais), e não 5403, como afirmou o sujeito passivo na impugnação.

No tocante à alegação defensiva de que a PROFARMA da Bahia deve ser responsabilizada pelo pagamento do ICMS por antecipação parcial, em virtude da suposta aquisição interna, observo que na situação presente todas as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas pelas unidades da PROFARMA localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que, conforme foi dito

anteriormente, denunciaram o Convênio ICMS 76/94. Por conseguinte, as empresas localizadas em tais unidades federadas estão desobrigadas de proceder à retenção e ao recolhimento do imposto, cabendo tão somente ao destinatário fazê-lo, na condição de contribuinte substituto, conforme previsto na legislação estadual da Bahia.

O autuado não trouxe ao processo administrativo fiscal qualquer prova de que adquiriu os medicamentos na Bahia. Com efeito, assiste razão a autuante ao citar o art. 143 do RPAF/99, que determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal.

O art. 123 do RPAF/99 confere ao contribuinte o direito de impugnar o lançamento mediante peça de defesa, por escrito e acompanhada de provas, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às alegações. O seu parágrafo 5º estabelece que a prova documental deverá ser apresentada na impugnação, sob pena de preclusão do direito de fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de apresentação por motivo de força maior, se refira a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos; enquanto o parágrafo 6º estabelece que a juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições anteriormente citadas.

Não ocorreu, quanto à alegada aquisição interna, nem a juntada de provas, prevista no parágrafo 5º do art. 125 do RPAF/99, nem a requisição de ulterior apresentação, nos moldes do parágrafo 6º do mesmo artigo.

Em face dos elementos de fato e de direito que fazem parte deste PAF, concluo que foi correta a autuação. Infração caracterizada.

Ante o 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 nº 269203.0027/08-0, lavrado contra **G S S DROGARIA E FARMÁCIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 20.588,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR