

PROCESSO - A. I. Nº 269203.0027/08-0
RECORRENTE - G.S.S. DROGARIA E FARMÁCIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0169-04/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0169-11/10

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. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0169-04/09), que julgou Procedente a presente autuação, lavrada em 28/08/2008, para exigir 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.

A Junta de Julgamento Fiscal assim dirimiu a lide posta à sua apreciação:

“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 par 68, de 13/08/04, para 30/09/04. Finalmente, o Convênio 83/04 adiou a Através do Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01/01/2005, o

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 subseqüentes, 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.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, aduzindo, basicamente, que as operações objeto desta autuação referem-se a aquisições internas, conforme notas fiscais que anexa ao seu apelo.

Nesse sentido, afirma que fica evidenciado, através das Notas Fiscais anexas ao Recurso Voluntário, que inexistia a mínima possibilidade de que as compras efetuadas pelo recorrente tenham sido feitas em outros Estados da Federação, muito menos nos elencados pela fiscalização (MG e SP), pois além dos documentos anexos comprovarem o contrário, comercialmente torna-se pouco provável que ao necessitar de medicamentos de alta rotatividade, preço elevado, que era adquirido em quantidade nem sempre significativa e sob o transporte da GSS, que seu preposto tivesse de viajar milhares de quilômetros para comprar esses medicamentos.

Pugna, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário ofertado.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, com o argumento de que as notas fiscais juntadas pelo recorrente não f

notas fiscais trazidas pelo autuante, não se podendo, por isso, afirmar se a empresa remetente foi a localizada no Estado da Bahia ou se são, na verdade, operações distintas. Atribui o ônus da prova ao sujeito passivo e conclui sua manifestação pela rejeição do pleito recursal.

VOTO

Da análise da irresignação recursal, constata-se que os Estados de São Paulo e Minas Gerais, remetentes das mercadorias objeto da ação fiscal, através dos despachos COTEPE 03/05 e COTEPE-ICMS 15/97, respectivamente, denunciaram o Convênio ICMS 76/94, ficando, em virtude disso, eximidos do cumprimento das obrigações ali estabelecidas.

Por conseguinte, correto o fundamento jurídico para a exigência tributária no caso concreto, já que, de acordo com as cópias de notas fiscais coligidas aos autos, trata-se de medicamentos originários dos citados Estados, operações nas quais, segundo reza o art. 371, do RICMS/BA, ressalvadas as hipóteses do art. 355 e os prazos previstos no art. 125 do mesmo regulamento, o ICMS é devido pelo adquirente.

No Recurso interposto, o sujeito passivo restringe-se a alegar que as mercadorias foram adquiridas de estabelecimento de dentro do Estado da Bahia, o que tornaria insubsistente a exigência fiscal, por se aplicar exclusivamente a operações interestaduais. As notas fiscais trazidas com o Recurso, entretanto, demonstram justamente o contrário: a) o documento de fls. 442 refere-se a aquisição feita por estabelecimento diverso, com o CGC nº 13737051/0001-42; b) quanto aos demais documentos, todos os que retratam operações internas foram desconsiderados pelo autuante.

Logo, as notas fiscais apresentadas pelo sujeito passivo, em sede recursal, não são capazes de modificar a Decisão impugnada; ao revés, confirmam o seu acerto.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269203.0027/08-0**, lavrado contra **G.S.S. DROGARIA E FARMÁCIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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 nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS