

**A. I. N°** - 232943.0018/08-6  
**AUTUADO** - WL FARMÁCIAS LTDA.  
**AUTUANTE** - REGINALDO CAVALCANTE COELHO  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 04. 11. 2010

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF N° 0300-01/10

**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 é responsável pelo pagamento do imposto devido por antecipação tributária. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/08/08, exige ICMS, no valor de R\$105.382,98, acrescido de multa de 60%, referente à falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS-BA, no período de maio de 2004 a março de 2006.

Trata-se de aquisição de produtos farmacêuticos da empresa Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos SA, oriundos dos 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 fotocópias das notas fiscais anexada ao processo.

O autuado apresenta defesa (fls. 381 a 384) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa, em razão da ausência de descrição fática. Diz que a fiscalização apresentou notas fiscais referentes a supostas aquisições, sem demonstrar que essas operações foram realizadas pelo autuado. Aduz que a empresa emissora das referidas notas fiscais está sendo investigada por faturar mercadorias para pessoas jurídicas sem o conhecimento delas. Sustenta que cabe ao fisco averiguar quem é o efetivo destinatário dessas operações. Assevera que a Administração Fazendária deve anular o Auto de Infração em tela. Para embasar seus argumentos, transcreve dispositivos da Lei Federal nº 9.784/99.

Ainda em preliminar, o autuado afirma que o cômputo dos juros moratórios fica interrompido até o trânsito em julgado do presente processo administrativo. Diz que, nos termos do art. 151 do CTN, a partir da interposição da defesa, a exigibilidade do crédito tributário questionado fica suspensa e, portanto, não há razão para o fisco computar os juros de mora.

Admite que, em relação às notas fiscais acostadas ao processo, não recolheu ICMS, pois não existiu a situação que ensejasse o pagamento da antecipação parcial, haja vista que não realizou as mencionadas aquisições, não recebeu as mercadorias e não mar emitente das notas fiscais, bem como desconhece a origem das o

mercadorias nelas discriminadas. Diz que não há crédito tributário a ser lançado, uma vez que não houve fato gerador do imposto. Transcreve o disposto no art. 1º, I, do RICMS-BA.

Assevera que a multa indicada no Auto de Infração, no percentual de 60%, tem nítido efeito confiscatório, ofendendo o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Reitera que a exigibilidade do crédito tributário deve ficar suspensa, conforme dispõe o art. 151, III, do Código Tributário Nacional.

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente, bem como requer a nulidade da autuação e a suspensão do crédito tributário até decisão final.

Na informação fiscal, fls. 414 a 416, o autuante afirma que as notas fiscais arroladas no lançamento são autênticas e foram emitidas por uma empresa idônea, legalmente constituída, em pleno funcionamento e que, por meio de sua filial baiana, mantém estreito relacionamento com o autuado. Aduz que essas notas fiscais se referem a aquisições feitas a prazo e que as mercadorias foram despachadas por transbordo da filial de Salvador.

Acrescenta que a Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A. está desobrigada de reter o ICMS devido por substituição tributária, pois os Estados de São Paulo e de Minas Gerais denunciaram o Convênio ICMS 76/94.

O auditor fiscal salienta que acostou ao processo as notas fiscais, provas materiais da infração, nas quais o vendedor declara que vendeu ao autuado as mercadorias nelas discriminadas, ao passo que o autuado apenas alega a inexistência de provas da efetiva aquisição e do ingresso das mercadorias no território baiano. Diz que cabe ao autuado o ônus de provar o que alega. Aduz que, ao contrário do que seria de se esperar, o autuado continua mantendo relações comerciais com a Profarma, agindo como se nada tivesse acontecido.

Ao finalizar sua informação fiscal, o autuante mantém a ação fiscal em sua totalidade.

O processo foi convertido em diligência à INFIP (Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa), para que fosse intimada a Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A. a apresentar documentos que comprovassem a realização das transações comerciais como o autuado relativamente às notas fiscais acostadas aos autos, a exemplo de cópia de pedido, comprovante de pagamento, comprovante de entrega das mercadorias e outros que dispuser.

Em cumprimento da diligência, foi acostada ao processo a declaração de fls. 423 a 429, emitida pela Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos SA, informando que “o cliente **WL FARMÁCIAS LTDA., CNPJ 03.370.979/0001-88**, efetuou compras junto a **PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, situada nos estados de São Paulo CNPJ: 45.453.214/0013-95, I.E. 114.878.412.117 e Minas Gerais CNPJ: 45.453.214/0020-14, I.E. 1867868930120**”. Nessa declaração, foi apresentada uma tabela contendo o número das notas fiscais, o número das duplicatas, as datas de vencimento, os valores e as datas dos pagamentos realizados pelo autuado em relação às operações listadas no Auto de Infração em comento.

Notificado acerca do resultado da diligência (fls. 432 a 434), o autuado não se pronunciou.

## VOTO

Trata o Auto de Infração da falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas aquisições de mercadorias oriundas do Estado de São Paulo.

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração em defesa, em razão de ausência de descrição fática. Diz que a fiscaliz

porém não demonstrou que essas aquisições tenham sido efetuadas pelo autuado. Afirma desconhecer as aquisições e sustenta que cabe ao fisco verificar quem efetuou essas compras.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois a descrição dos fatos apurados é clara. Observo que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos bastante elucidativos (fls. 07 a 12), que atendem o previsto no art. 39 do RPAF e discriminam todos os elementos e informações utilizados na determinação da base de cálculo e, em consequência, do imposto cobrado. Destaque-se ter o autuado recebido as cópias desses demonstrativos, conforme o recibo à fl. 06.

Quanto à validade das notas fiscais como prova das aquisições, ressalto que a irregularidade está baseada nas fotocópias das notas fiscais acostadas ao processo (fls. 17 a 376), as quais foram coletadas em estabelecimentos da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, localizados nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, em ação fiscal desenvolvida pelos prepostos fiscais Josias Joaquim de Oliveira, Gláucio Dória e José Ronaldo de Souza e Silva, conforme o credenciamento DPF/SUFIS nº 661, da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais, e o ofício PFC-11-Sé nº 064/2006, da Diretoria Executiva da Administração Tributária – DEAT do Estado de São Paulo (fls. 15 e 16). Essas notas fiscais constam nos arquivos magnéticos apresentados pelo estabelecimento remetente das mercadorias em comento.

Examinando essas notas fiscais, observo que nelas constam todos os dados cadastrais do autuado, foram emitidas por uma empresa idônea, não contêm vícios que as invalidem, são referentes a produtos do mesmo ramo de atividade do autuado e são atinentes a vendas a prazo.

Do conjunto probatório que integra o processo, verifico que as alegações defensivas não estão acompanhadas de qualquer prova que as respaldem, por seu turno a acusação que foi imputada ao autuado está fundamentada em notas fiscais acostadas a processo. Tendo em vista que a simples negativa do cometimento de infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99), considero que as notas fiscais acostadas aos autos refletem as operações de circulação de mercadorias nelas consignadas e, portanto, comprovam a acusação imputada ao autuado. Corroborando esse posicionamento, ressalto que o processo foi convertido em diligência à INFIP, tendo o emitente das referidas notas fiscais declarado que efetuou as vendas arroladas na autuação e que recebeu os pagamentos correspondentes da empresa WL Farmácias Ltda. (fl. 39). Além disso, o autuado foi notificado acerca do resultado da diligência, porém não se pronunciou.

No período abrangido pela autuação, os Estados de São Paulo e de Minas Gerais já haviam denunciado o Convênio ICMS 76/94. Em relação ao Estado de São Paulo, com o advento do Ato COTEP-ICMS 15/97, as normas contidas nesse Convênio não se aplicavam desde 01/11/97. Já no que tange ao Estado de Minas Gerais, o Despacho COTEP Nº 05/01 excluiu a aplicação das disposições contidas no citado Convênio a partir de 01/04/01.

Apesar de o Convênio ICMS 76/94 não se aplicar em relação aos Estados de São Paulo e Minas Gerais, a legislação interna do Estado da Bahia, por meio do art. 353, II, do RICMS-BA, enquadra os medicamentos no regime de substituição tributária. Assim, nas aquisições interestaduais de medicamentos, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, o adquirente das mercadorias é responsável pelo pagamento do ICMS devido por antecipação tributária, na condição de contribuinte substituto, conforme o disposto no art. 371, nos prazos previstos no art. 125, tudo do RICMS-BA.

Pelo acima exposto, não vislumbro nos autos os vícios de ilegitimidade passiva ou de insegurança na determinação da infração e do montante devido.

Quanto à questão da suspensão do crédito tributário, ressalto que e

venha a ser desfavorável ao contribuinte, o débito tributário será exigido acompanhado dos acréscimos moratórios previstos no art. 102 da Lei nº 3.965/81 (COTEB).

A multa indicada na autuação, no percentual de 60%, está correta, pois é a indicada no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.14/96, para a irregularidade que foi apurada – falta de recolhimento do ICMS na aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária (medicamentos) – não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Por fim, ressalto que este CONSEF ao apreciar idêntica matéria, também em segunda instância, tem decidido pela procedência das autuações, a exemplo dos Acórdãos CJF Nºs 0173-11/10, 0169-11/10 e 0017-11/10, cujas ementas transcrevo a seguir:

**ACÓRDÃO CJF Nº 0173-11/10**

**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. Tipificação correta da multa aplicada à conduta infracional. Não se inclui na competência desse colegiado a declaração de inconstitucionalidade. Infração subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**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.

**ACÓRDÃO CJF Nº 0017-11/10**

**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. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Pedido de revisão fiscal não acolhido. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

Em face do acima exposto, considero que os argumentos trazidos na defesa não são capazes de elidir a infração imputada ao autuado, a qual está devidamente caracterizada.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232943

ACÓRDÃO JF Nº 0300-01/10

Created with

**FARMÁCIAS LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$105.382,98**, 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, 18 de outubro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR