

A. I. N° - 269203.0032/08-4
AUTUADO - B. R. OLIVEIRA E CIA. LTDA.
AUTUANTE - SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 17. 11. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0341-01/10

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. Não acolhida a arguição de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/08, exige ICMS, no valor de R\$12.081,89, 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, nos meses de abril a setembro, novembro e dezembro de 2005 e janeiro a abril 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 (fl. 204) e, inicialmente, faz alusão a prévias aquisições de mercadorias realizadas por terceiros utilizando indevidamente o nome da sua empresa.

Frisa que as suas compras são geralmente efetuadas junto a fornecedores localizados no Estado da Bahia. Aduz que, nessa situação, a fase de tributação já se encontra encerrada, uma vez que se trata de operações internas.

Explica que, nas operações entre Estados signatários [de acordo interestadual], cabe ao fornecedor efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, repassando o imposto ao Estado destinatário por meio de GNRE.

Afirma que, para dirimir dúvida e validar a ação fiscal, é necessário que se faça uma análise dos canchotos de recebimentos das compras, para se apurar se, de fato, as mercadorias foram recebidas pela empresa autuada, ou, ainda, consultar o fornecedor sobre a forma de pagamento das aquisições e quem as efetuou.

Solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, fls. 214 a 216, a autuante afirma que os Estados de São Paulo e Minas Gerais não são mais signatários do Convênio ICMS 76/94 e, portanto, cabia ao autuado a responsabilidade de efetuar a antecipação tributária sobre os produtos consignados nas notas fiscais acostadas às fls. 62 a 202. Salaria que as cópias das notas fiscais que embasaram a autuação foram entregues legalmente pela Profarma e foram autenticadas por funcionário público, sendo dispensada por lei. Aduz que os arquivos magnéticos entregues pelo material das aquisições das mercadorias em tela.

Salienta que o autuado não apresentou nenhum elemento evidenciando a falta de legalidade dos documentos fiscais em questão e, pelo que dispõe o art. 143 do RPAF/99, simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Ratifica todos os termos da ação fiscal e solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O processo foi convertido em diligência à INFIP (Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa), para que fosse intimada a Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos SA a apresentar documentos que comprovassem a realização das transações comerciais com 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. 222 a 224, emitida pela Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos SA, informando que “o cliente **B. R. OLIVEIRA E CIA LTDA., CNPJ 15.107.337/0001-70**, 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. 228 a 233, o autuado se pronunciou nos autos, afirmando que a Secretaria da Fazenda teve a oportunidade de comprovar a efetividade das operações e, no entanto, não o fez. Frisa que a Profarma ofereceu uma declaração que se resume a dados sem nenhuma prova de que as duplicatas foram pagas pelo autuado e que as mercadorias adentraram ao seu estabelecimento comercial.

Diz que as duplicatas deveriam estar atreladas a uma prova material que comprovasse o vínculo, tais como: notas de pedidos, cópia de cheques, agência bancária sacadora, entre outros. Salienta que, como não foram apresentados ou acostados qualquer um desses documentos, fica impossível afirmar a ocorrência da operação. Reitera que não foram apresentadas comprovações das aquisições e, portanto, não ficou demonstrada a existência das operações. Diz que não é possível que se exija do contribuinte prova negativa.

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

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.

O autuado argumenta que adquire mercadorias geralmente dentro do Estado da Bahia, que há casos de utilização indevida de inscrição cadastral por terceiros, que deveria ser feita uma consulta ao fornecedor sobre as operações em tela. Diz que nas operações entre Estados signatários de convênio cabe ao remetente das mercadorias efetuar a retenção do imposto.

Inicialmente, ressalto que todas as aquisições relacionadas no Auto de Infração em tela são referentes a aquisições interestaduais realizados nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, conforme as notas fiscais acostadas ao processo. Dessa forma, não há como se afirmar que as operações arroladas na autuação estavam com a fase de tributação encerrada.

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, o Convênio ICMS 76/94, o COTEP-ICMS 15/97, as normas contidas nesse Convênio não se aplicam.

tange ao Estado de Minas Gerais, o Despacho COTEP N° 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 exposto, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o ICMS em tela deveria ser exigido do fornecedor e não do destinatário das mercadorias discriminadas na autuação. Dessa forma, não está presente no Auto de Infração em tela o vício de ilegitimidade passiva.

O autuado sustenta que não adquiriu e nem recebeu as mercadorias listadas na autuação, que desconhece as notas fiscais acostadas ao processo e que a sua inscrição estadual pode ter sido utilizada indevidamente por terceiros.

A irregularidade imputada ao autuado está baseada nas fotocópias das notas fiscais acostadas ao processo (fls. 62 a 202), as quais foram coletadas em estabelecimentos da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, localizados nos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, 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 n° 661, da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais, e o ofício PFC-11-Sé n° 064/2006, da Diretoria Executiva da Administração Tributária – DEAT do Estado de São Paulo (fls. 07 e 08). 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. Em atendimento a sugestão do próprio autuado e em busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência, tendo o emitente das referidas notas fiscais declarado que efetuou as vendas em questão e que recebeu os pagamentos correspondentes (fls. 222 a 224).

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuado afirma, em síntese, que não foi trazido ao processo comprovação das aquisições e, portanto, não ficou demonstrada a existência das operações em comento.

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.

Quanto ao resultado da diligência realizada, interpreto a declaração feita pela empresa emissora das notas fiscais como mais um elemento que comprova as aquisições por parte do autuado.

Na defesa, não foram questionados os dados e os cálculos que compõem os demonstrativos que embasaram a autuação. Ademais, há que se ressaltar que, às fls. 09 a 61v, constam demonstrativos que indicam todos os dados utilizados na determinação da base de cá-
apuração do montante do ICMS devido por antecipação tributária, até
art. 39 do RPAF/99.

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) – conforme o dispositivo abaixo transcrito:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

Por fim, ressalto que este CONSEF ao apreciar idêntica matéria 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 unanimente, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269203.01

OLIVEIRA E CIA. LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.081,89**, 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, 08 de novembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR