

A. I. Nº - 232943.0011/08-1  
AUTUADO - DROGARIA STHEFANO LTDA.  
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO  
ORIGEM - INFAS ITABUNA  
INTERNET - 17. 01. 2011

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0012-01/11**

**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 acolhidas a arguição de nulidade e a solicitação de diligência. 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\$2.082,73, 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 dezembro de 2005, fevereiro, abril, julho e agosto de 2006.

Consta na descrição dos fatos que se trata de aquisição de produtos farmacêuticos da empresa Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, oriundos do Estado de São Paulo, 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 apresentou defesa, fls. 25 a 27, na qual afirma que os Estados de Minas Gerais e São Paulo são signatários de convênio firmado para fins de retenção do ICMS devido por substituição tributária nas operações interestaduais e, portanto, “não pode ser responsabilizado por mercadorias ou documentos não recebidos não reconhecidos”.

Diz que, no caso em tela, não está sujeito ao previsto no art. 125, II, “b”, do RICMS-BA, porque não recebeu e não adquiriu as mercadorias consignadas nas notas fiscais listadas na autuação. Repele a acusação que lhe foi imputada e, assim, descarta a hipótese de aplicação de multa.

Sustenta que as notas fiscais discriminadas no Auto de Infração, por si só, não confirmam o cometimento da infração que lhe foi imputada. Frisa que não reconhece as notas fiscais em comento e que não adquiriu as mercadorias nelas relacionadas. Diz que, se houve alguma infração, a responsabilidade é das empresas emissoras dos documentos fiscais. Aduz que a sua inscrição estadual pode ter sido utilizada por pessoas não inscritas no Cadastro de Contribuintes.

Menciona que a Resolução nº 4884/98 e os Acórdãos JJF nº 0849/99 e CJF nº 0085/99 anularam Autos de Infração que tratavam da mesma matéria discutida no presente lançamento. Diz que, por analogia, esse mesmo tratamento deve ser dispensado ao presente lançamento.

Apresenta uma tabela com os valores das compras efetuadas e registradas em seus documentos fiscais em comparação com os montantes cobrados no Auto de Infração.

Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive por perícia ou juntada posterior de documentos. Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo.

Na informação fiscal, fls. 30 a 32, o autuante diz 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.

Conforme consta à fl. 36 dos autos, o processo foi convertido em diligência à INFIP (Inspeção 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 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 pela INFIP a declaração de fl. 39, emitida pela Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, informando que “o cliente **DROG. STHEFANO LTDA, CNPJ 01.808.527/0002-90**, efetuou compras junto a **PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, situada no estado de São Paulo CNPJ: 45.453.214/0013-95, I.E. 114.878.412.117**”. 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. 42 a 44), o autuado não se pronunciou.

Após a fase de instrução do processo, o contribuinte se pronunciou nos autos (fl. 50), informando que tomou conhecimento do resultado da diligência e que continuava aguardando fato novo.

## 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 os Estados de Minas Gerais e São Paulo são signatários de convênio firmado para fins de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária e, portanto, não lhe cabia efetuar a antecipação tributária que está sendo cobrada. Entende que o imposto deveria ter sido exigido do remetente das mercadorias.

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 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 ter sido 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. Também apresenta uma tabela com os valores das suas vendas registradas e dos débitos que estão sendo cobrados no Auto de Infração. Afirma que, assim, não podem prosperar a acusação e a multa constantes no Auto de Infração.

A irregularidade imputada ao autuado está baseada nas fotocópias das notas fiscais acostadas ao processo (fls. 17 a 20), as quais foram coletadas no estabelecimento da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, localizado no Estado de São Paulo, em ação fiscal desenvolvida pelos prepostos fiscais Josias Joaquim de Oliveira, Gláucio Dória e José Ronaldo de Souza e Silva, conforme ofício de credenciamento PFC-11-Sé nº 064/2006 da Diretoria Executiva da Administração Tributária – DEAT do Estado de São Paulo (fl. 07). Essas notas fiscais constam nos arquivos magnéticos apresentados pelo estabelecimento remetente das mercadorias.

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 em atendimento a solicitação do autuado 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 Drogaria Sthefano Ltda. (fl. 39). Além disso, o autuado foi notificado acerca do resultado da diligência, porém não se pronunciou.

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. 08 a 16, constam demonstrativos que indicam todos os dados utilizados na determinação da base de cálculo e, consequentemente, na apuração do montante do ICMS devido por antecipação tributária, atendendo, assim, ao disposto no art. 39 do RPAF/99.

A multa indicada na autuação, no percentual de 60%, está correta, pois é a prevista 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;*

No que tange às decisões deste CONSEF citadas pelo autuado, ressalto que são decisões antigas que não refletem o entendimento deste colegiado sobre a matéria, bem como não vinculam a presente decisão. Como exemplos de decisões recentes sobre a questão em apreço, cito os Acórdãos CJF N<sup>º</sup> 0173-11/10, 0169-11/10 e 0017-11/10, cujas ementas transcrevo a seguir:

#### **ACÓRDÃO CJF N<sup>º</sup> 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 N<sup>º</sup> 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 N<sup>º</sup> 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 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n<sup>º</sup> 232943.0011/08-1, lavrado contra **DROGARIA STHEFANO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do ACÓRDÃO JJF N<sup>º</sup> 0012-01/11

imposto no valor de **R\$2.082,73**, 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, 10 de janeiro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR