

A. I. Nº - 206856.0852/08-8  
AUTUADO - MENDONÇA LEMOS DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS LTDA.  
AUTUANTE - JOILSON MATOS AROUCA  
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS  
INTERNET - 28. 06. 2011

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0175-01/11**

**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\$56.179,65, 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 2004, março a dezembro de 2005 e janeiro a julho 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 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 apresentou defesa (fls. 603 a 605) e, após descrever a infração que lhe foi imputada e os dispositivos dados como infringidos, 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. 608 a 610, o autuante faz uma síntese da autuação e da defesa e, em seguida, 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.

Salienta ter acostado ao processo 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.

Notificado acerca da informação fiscal, fls. 614 e 615, o autuado volta a se pronunciar nos autos. Nessa oportunidade, às fls. 617 e 618, o autuado diz que continua firme nos argumentos trazidos na defesa e nega que tenha recebido as mercadorias relacionadas no Auto de Infração. Afirma que o fato de os Estados de São Paulo e de Minas Gerais terem denunciado o Convênio ICMS 76/94 não significa que a infração que lhe foi imputada ocorreu.

Destaca que, conforme consta na informação fiscal, as vendas foram feitas a prazo e as mercadorias foram despachadas pela filial de Salvador. Diz que, se as vendas foram efetuadas na Bahia e as notas fiscais foram emitidas na Bahia, cabia à empresa vendedora efetuar o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, já que os Estados de São Paulo e Minas Gerais tinham denunciado o Convênio ICMS 76/94.

Menciona que não deve e não pode tomar qualquer medida legal ou administrativa contra a empresa citada no Auto de Infração, já que ainda não existe uma decisão final sobre o processo em comento. Destaca que essa referida empresa é distribuidora de produtos que dificilmente seriam fornecidos por outras distribuidoras.

Ao finalizar seu pronunciamento, o autuado solicita que não sejam levados em consideração os argumentos trazidos pelo autuante na informação fiscal, tendo em vista que o contribuinte não tem em seu poder nenhuma das notas fiscais citadas na autuação e que, de acordo com o art. 353, I, do RICMS-BA, a responsabilidade pela retenção do imposto é do destinatário das mercadorias e, no caso em tela, o destinatário é o estabelecimento filial localizado em Salvador-BA. Solicita o arquivamento e a anulação do processo.

Conforme consta à fl. 622 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 fls. 624 a 629, emitida pela Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, informando que “o cliente **MENDONÇA LEMOS DIST. E COM., CNPJ 06.088.969/0001-42**, efetuou compras junto a **PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, situada nos estados de São Paulo CNPJ: ACÓRDÃO JJF Nº 0175-01/11**

**45.453.214/0013-95, I.E. 114.878.412.117, Bahia CNPJ: 45.43.214/0025-29, I.E. 64.250.907 e Minas Gerais CNPJ: 45.453.214/0020-14, I. E. 186786893-01-20”.** 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. 632 a 634), o autuado se pronunciou nos autos (fl. 638), afirmando que continuava aguardando um fato novo para que pudesse se manifestar.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em nova diligência (fl. 651), para que fosse acostado ao processo o demonstrativo analítico de apuração do ICMS-ST e que, em seguida, fosse reaberto o prazo de defesa.

A diligência foi atendida, conforme fls. 655 a 657, porém 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.

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.

Em sua defesa, o autuado também afirma que as notas fiscais foram emitidas por estabelecimento localizado na Bahia e, dessa forma, o ICMS devido por substituição tributária deveria ter sido exigido desse estabelecimento.

Respeitosamente, discordo dessa tese defensiva, pois o autuante na informação fiscal afirmou que as operações foram feitas a prazo e que foram “despachadas por transbordo da filial de Salvador (BA)”. Esse “transbordo” não quer dizer que as notas fiscais foram emitidas pela filial de Salvador ou que a operação tenha se originado nessa referida filial. Conforme se pode verificar pelas notas fiscais acostadas ao processo, todas as operações tiveram início nos Estados de São Paulo e de Minas Gerais. Dessa forma, afasto esse argumento defensivo.

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. 15 a 600), as quais foram coletadas no estabelecimento da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, localizado 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 os ofícios de credenciamento DPF/SUFIS nº 661, da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais (fl. 8), e PFC-11-Sé nº 064/2006, da Diretoria Executiva da Administração Tributária – DEAT do Estado de São Paulo (fl. 9). Essas notas fiscais constam nos arquivos magnéticos apresentados pelo estabelecimento remetente das mercadorias.

Examinando essas notas fiscais, observo que nelas estão consignados 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 Mendonça Lemos Dist. E Com. (fls. 624 a 629). Além disso, não se pode olvidar que o autuado foi notificado acerca do resultado dessa diligência e, no entanto, não se pronunciou.

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 transscrito:

*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°s 0173-11/10, 0169-11/10 e 0017-11/10, cujas ementas transcrevo a seguir:

#### **ACÓRDÃO CJF N° 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 206856.0852/08-8, lavrado contra **MENDONÇA LEMOS DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.179,65**, 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, 13 de junho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR