

PROCESSO - A. I. Nº 206935.0009/08-0
RECORRENTE - COMPMED COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. (DROGARIAS LETÍCIAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0294-01/10
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 24/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0284-11/12

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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0294-01/10), que julgou Procedente a presente autuação, lavrada em 26/08/2008, que exige ICMS, no valor de R\$47.362,00, 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, de março de 2005 a maio de 2006 e julho de 2006.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

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 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 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. 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. 22 a 432), 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 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. 20 e 21). Essas notas fiscais constam nos arquivos magnéticos apresentados pelo estabelecimento remetente das mercadorias em comento.

Examinando essas notas fiscais, observo que nelas estão consignados todos os dados cadastrais do autuado, foram emitidas por uma empresa idônea, não contém 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 Compmed Comércio de Medicamentos Ltda. (fls. 450 a 455). Além disso, merece ser ressaltado que o autuado foi notificado do resultado da diligência, porém apenas registrou que estava aguardando fatos novos.

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. 07 a 12, 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 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;

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 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 C/JF 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.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 483/484, aduzindo que o Auto de Infração foi baseado em notas fiscais de mercadorias adquiridas pela peticionaria na empresa PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A., localizadas em São Paulo e Minas Gerais, todavia, não foi citado nas notas fiscais que as vendas foram efetuadas por filial da PROFARMA estabelecida em Salvador-Ba., na Rodovia BR 324, com inscrição estadual nº 64.250.907.

Afirma que, de acordo com art. 371 do RICMS, quando não existe convênio ou protocolo entre Estados da Federação para cobrança do ICMS por substituição ou antecipação tributária, o adquirente do produto é o responsável pelo pagamento do tributo. No caso em foco, e não admitindo que as mercadorias consignadas nas notas fiscais acostadas ao Auto de Infração foram adquiridas ou recebidas pelo autuado, fica entendido que a obrigação pelo recolhimento do tributo seria de obrigação da filial que naturalmente recebeu produtos da sua Matriz e revendeu dentro do Estado da Bahia.

Reconhece que o Convênio 76/94 não se aplica totalmente ao presente caso, no entanto, é obrigação do primeiro adquirente no Estado recolher o tributo mesmo no caso de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa. A filial ou filiais da Profarma estabelecidas na Bahia, na condição de primeiro adquirente são responsáveis pela antecipação tributária nos termos do art. 371, nos prazos previstos no art. 125, do RICMS/BA.

Ratifica a afirmação de que não recebeu como também não adquiriu os produtos ali demonstrados ou consignados.

Diz que, em cumprimento à diligência de fl. 447, a INFIP acostou ao processo a declaração de fls 450 a 455, emitida pela PROFARMA, onde simplesmente apresenta uma tabela contendo números de notas fiscais, de duplicatas, datas de vencimento, de pagamento, sem no entanto, juntar cópias de tais documentos.

Salienta que o autuado continua negociando normalmente com a empresa Profarma considerando que ela é única distribuidora de produtos que dificilmente serão fornecidos por outras empresas.

Esclarece que, com o intuito de melhor esclarecer o ponto de vista do autuado, anexa um relatório onde constam os números das notas fiscais recebidas, data de sua emissão, data de entrada, valor, data do boleto e valor pago, a maioria deles com desconto, incluindo cópia das notas fiscais e dos pagamentos efetuados, utilizando diferentes datas para mostrar que os negócios continuam com a Profarma filial em Salvador-Ba.

Pugna, ao final, pelo Provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 492/494, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, afirmando que se aplica ao caso em análise a norma do art. 371, do RICMS/97, e que as provas existentes nos autos evidenciam que o recorrente foi de fato o adquirente das mercadorias objeto da autuação.

Incluído o processo em pauta suplementar, esta Câmara de Julgamento Fiscal determinou a realização de diligência à INFIP, para que intimasse formalmente o fornecedor das mercadorias a apresentar os documentos comprobatórios das operações de vendas que ensejaram a cobrança do imposto lançado neste Auto de Infração (despacho de fl. 496).

A diligência não foi atendida, tendo os prepostos da INFIP apresentado as justificativas de fls. 499/508, a seguir reproduzidas parcialmente:

"De antemão, informo que é impossível a obtenção de pedidos, canhotos de notas fiscais, Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRCs) ou comprovantes de pagamento. Como o levantamento se refere ao período de dezembro de 2004 a julho de 2006, já ocorreu a decadência dos mesmos, e, assim, o fornecedor do autuado está desobrigado da guarda dos documentos.

Além disso, por não ser contribuinte baiano, não tem o dever de apresentar qualquer livro ou documento fiscal ou contábil ao fisco deste Estado".

Em seguida, os prepostos da INFIP apresentaram as suas razões pela manutenção da autuação.

Sobre o resultado da diligência, o contribuinte manifestou-se às fls. 512/513, reiterando suas razões recursais.

À fl. 516, a PGE/PROFIS reiterou o Parecer anterior, pelo Improvimento do Recurso.

VOTO

Inicialmente, cumpre esclarecer 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, tratam-se de medicamentos originários dos citados Estados, operações nas quais, segundo reza o art. 371, do RICMS/97, ressalvadas as hipóteses do art. 355 e os prazos previstos no art. 125 do mesmo regulamento, o ICMS é devido pelo adquirente.

Vale registrar que, não obstante a alegação do sujeito passivo de que as mercadorias tratadas na autuação foram transferidas para o estabelecimento localizado neste Estado, os documentos fiscais coletados pelos prepostos fiscais revelam a realização de vendas diretas de estabelecimentos localizados nos Estados de São Paulo e Minas Gerais. É dizer, as supostas transferências não encontram respaldo na documentação fiscal que instrui a autuação.

Ainda que a PROFARMA tenha agido de má-fé, tal circunstância não é suficiente para afastar o dever do recorrente de recolher o imposto exigido nesta autuação, pois o Código Tributário Nacional, quando trata da obrigação tributária, da sujeição passiva e da responsabilidade pelo recolhimento do tributo pelas sanções legais, não permitiu qualquer interferência de ordem subjetiva. A intenção dos agentes é fator desinfluyente para o surgimento da obrigação tributária ou a sua intensidade. Essa regra se aplica, inclusive, quanto à responsabilidade por infrações (art. 136), donde se conclui que, com maior razão ainda, não é possível analisar culpa quanto à responsabilidade pelo recolhimento do tributo, como pretende o recorrente.

No que tange ao argumento recursal de que o recorrente não teria recebido ou efetuado as aquisições materializadas pelas notas fiscais acostadas à autuação, valho-me dos consistentes argumentos delineados pelos prepostos da INFIP, em resposta à diligência determinada por esta Câmara de Julgamento Fiscal:

Entretanto, outros elementos indiciários podem ser extraídos dos documentos fiscais e demais controles da Sefaz:

- a) as mercadorias (produtos farmacêuticos) são condizentes com o ramo de atividade do autuado - 4771701 - Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas (fonte: Sistema de Informações do Contribuinte - INC);
- b) a **Profarma** é empresa tradicional, estabelecida desde 05.02.1981, com sede no Rio de Janeiro/RJ, e filiais em quase todas as unidades da Federação, com a natureza jurídica de sociedade anônima de capital aberto (fonte Receita Federal do Brasil - RFB);
- c) os seus estabelecimentos que promoveram as vendas são localizados em Minas Gerais e São Paulo, Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94;
- d) as vendas foram feitas a prazo, média de 30 e 60 dias, como se vê nas notas fiscais às fls. 22 a 24 e outras;
- e) as notas fiscais foram emitidas para o autuado durante os exercícios de 2004 a 2006, não constituindo um fato isolado.

Então, a conclusão é a mesma do Acórdão JJF Nº 0440/01, acima transcrito: as notas fiscais são prova bastante de que as aquisições foram, realmente, efetuadas pelo autuado e a contraprova, para desconstituir o lançamento, caberia ao contribuinte, o que não foi realizado, no presente caso, e este sequer se preocupou em prestar queixa-crime ou tomar qualquer providência junto aos fornecedores para estancar o procedimento alegado (emissão de nota fiscal sem a entrega correspondente).

Só que, aqui, existe mais um detalhe: o autuado foi e continuou sendo cliente deste mesmo fornecedor, que teria emitido nota sem a entrega de mercadoria, ou que teria utilizado a “sua inscrição para emití-las destinadas possivelmente a empresas ou pessoas não inscritas no cadastro do ICMS da Bahia”, o que prova que o relacionamento comercial entre eles é real e continuado. A diferença é que concentrou as suas compras na filial baiana, CNPJ 45.453.214/0025-29 e Inscrição Estadual 064.250.907.

Com efeito, o fato de o recorrente manter relações comerciais com a PROFARMA torna inverossímil a alegação de que não realizou as aquisições que ensejaram a cobrança do ICMS lançado nesta autuação. Esse fato, aliado às demais circunstâncias apontadas pela INFIP, permitem concluir que as aquisições realmente ocorreram, daí porque revejo o posicionamento adotado no despacho de diligência, por julgar suficientes as provas existentes nos autos para fins de instrução do presente lançamento de ofício. O ônus, destarte, era do contribuinte, a quem competia, mediante a apresentação de provas válidas, infirmar o acervo probatório existente nos autos, sob pena de atrair a incidência do art. 143, do RPAF, como realmente aconteceu.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do 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 **206935.0009/08-0**, lavrado contra **COMPMEDE COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. (DROGARIAS LETÍCIAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.362,00**, 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, 29 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS