

A. I. N° - 233080.0008/98-9
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS VITÓRIA LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ JACOBINA
INTERNET - 06/02/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0004-03/02

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. **2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR.** Refeito o levantamento fiscal, reduzindo-se o débito originalmente exigido. **3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. OPERAÇÕES DE SAÍDA PARA MICROEMPRESAS E CONTRIBUINTE NÃO INSCRITOS.** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. No presente caso, é indevido o imposto, uma vez que estava encerrada a fase de tributação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 24/12/98, para exigir o ICMS no valor de R\$46.032,56, acrescido das multas de 60%, 70% e 150%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 - exercícios de 1994, 1995, 1996 e 1997;
2. Falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais - exercícios de 1994 e 1995;
3. Falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas operações internas subseqüentes realizadas para contribuintes localizados neste Estado - exercícios de 1994 e 1995.

O autuado apresentou defesa, através de advogado legalmente habilitado (fls. 210 a 219), inicialmente reconhecendo a procedência da infração 1, com o parcelamento do débito.

Impugnou, entretanto, os itens 2 e 3, sob a alegação de que atua no ramo de distribuição de medicamentos, comercializando, apenas, com mercadorias sujeitas à antecipação tributária e, portanto, não poderia, nos mesmos exercícios, pagar o imposto nas operações de entradas e saídas de mercadorias, haja vista que a antecipação tributária encerra a fase de tributação do ICMS.

Em relação à infração 2, alega que, ao contrário do que relata o autuante, no exercício de 1994 não houve destaque do imposto nas notas fiscais de saídas. Dessa forma, não há razão para efetuar o pagamento do ICMS normal.

No que tange aos exercícios de 1995 e 1996, inobstante os medicamentos encontrarem-se sob o regime de antecipação do ICMS, diz que incorreu em equívoco formal, ao destacar o imposto normal nas notas fiscais, quando deveria ter efetuado o destaque apenas do imposto por substituição. Argumenta, entretanto, que esse fato não causou nenhum prejuízo à Fazenda estadual, pois o destaque do ICMS não consta no “valor total da nota” e não lhe trouxe nenhum benefício.

Quanto à infração 3, aduz que o ICMS é pago, sob o regime de antecipação tributária, nas operações de aquisição das mercadorias, o que, de acordo com a legislação, encerra a fase de incidência do imposto. Entende que a tributação é referente a todas as operações subsequentes que vier a realizar, cabendo ao fabricante a obrigação pela retenção do ICMS e o seu repasse aos cofres da Bahia.

Esclarece, todavia, que, como não seria justo suportar o ônus exclusivo do encargo tributário, “foi acordado no setor dos fabricantes, distribuidores e farmácias, que uma parte do custo seria repassado às farmácias quando da compra dos medicamentos ao distribuidor.”

Dessa forma, “ficou estabelecido entre as partes que caberiam (sic) às farmácias o ressarcimento de parte do imposto já pago pelo Distribuidor.” Para viabilizar o acordo, nas notas fiscais por ele emitidas, consta o destaque do imposto por substituição, que é acrescido ao valor da nota fiscal e pago pelas farmácias, como forma de se ressarcir pelo montante pago antecipadamente. Ressalta que essa é a praxe do mercado, procedimento que não traz nenhum prejuízo aos cofres públicos, haja vista que o valor do imposto já foi antecipadamente pago.

A final, pede a realização de diligência, a fiscal estranho ao feito, e a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 297 e 298), afirma que são inverídicas as alegações defensivas, já que o contribuinte comercializa outras mercadorias não enquadradas na substituição tributária. Argumenta que o autuado dá saída a tais mercadorias, com o destaque do ICMS e sua retenção, por substituição tributária, nas vendas a microempresas, mas não escritura os documentos fiscais, nem paga o imposto devido ao Estado. Acosta fotocópias de notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias (fls. 299 a 357).

O processo foi convertido em diligência, pela 5ª JJF, para que fiscal estranho ao feito esclarecesse algumas dúvidas, tendo sido informado, pelo diligente (fl. 363), que:

1. o autuado adquire e revende mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária (artigo 19, inciso II do RICMS/89);
2. não foi efetuado nenhum recolhimento de ICMS, pelo regime normal de apuração, nos exercícios de 1994 e 1995;

3. não há operações de saídas de mercadorias enquadradas ou sujeitas à substituição tributária. Informa que houve destaque de valores nas notas fiscais de saídas, efetivamente cobradas do destinatário, mas não repassadas ao Erário estadual.

O contribuinte, após devidamente intimado do resultado da diligência, se pronunciou nos autos (fls. 368 a 372), nos seguintes termos:

Preliminarmente, observa que, salvo melhor juízo, as questões suscitadas no pedido de diligência fiscal, “talvez não tenham abordado a questão central que envolveu o auto em epígrafe”.

Esclarece que possui, como atividade exclusiva, a distribuição comercial de medicamentos, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o que significa dizer que o ICMS é pago antecipadamente no momento de sua aquisição, encerrando-se, portanto, a fase de tributação.

Dessa maneira, entende que não lhe cabe o recolhimento do imposto pelo regime normal de tributação (infração 2) ou pelo regime de substituição tributária nas saídas subseqüentes que promove (infração 3), pois o ICMS já foi pago pelo fornecedor das mercadorias.

Repete os argumentos já expendidos em sua peça defensiva e, finalmente, contesta a afirmação do diligente, segundo a qual teria ocorrido o destaque de valores nas notas fiscais de saídas, efetivamente cobradas do destinatário, mas não repassadas ao Erário Estadual. Explica que, em se tratando de medicamentos e sendo um distribuidor, já recebe as mercadorias com o imposto retido e, em caso de falta de retenção, a responsabilidade é do substituto – o fabricante. É de opinião que, se houve destaque do imposto nas notas fiscais para as farmácias, este não tem valor fiscal, uma vez que a tributação já se encontrava encerrada e, por fim, afirma que não entende a conclusão do diligente quanto ao suposto “não repasse” ao Erário estadual.

Esta 3ª JF converteu novamente o PAF em diligência (fl. 374), a fiscal estranho ao feito, para que refizesse o conta corrente fiscal do contribuinte; dissesse se o autuado promoveu saídas de mercadorias a microempresas ou contribuintes não inscritos e esclarecesse se os valores destacados nas notas fiscais, a título de ressarcimento pago pelas farmácias, configuravam fato gerador do ICMS. A final, foi solicitado também que o diligente informasse se ainda havia imposto a ser exigido nesta autuação.

A diligente, às fls. 375 a 377, informa que:

1. o contribuinte, embora tenha como principal atividade a distribuição de medicamentos, também adquire e revende mercadorias não enquadradas na substituição tributária, as quais foram elencadas no demonstrativo elaborado pelo primeiro diligente (fls. 364 e 365), referente aos exercícios de 1995 e 1996;
2. refez o conta corrente fiscal, utilizando os créditos fiscais relativos às aquisições de mercadorias não enquadradas na substituição tributária, de acordo com o demonstrativo às fls. 364 a 365, e os débitos extraídos do campo “ICMS Normal” apurado pelo autuante às fls. 39 a 106, tendo apurado saldos devedores nos meses de setembro/95 a dezembro/95, no valor total de R\$11.613,27, que entende deve ser exigido, relativamente à infração 2;
3. no demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 39 a 106), o qual serviu de base para a infração 3, estão relacionadas todas as notas fiscais de saídas do período, inclusive para microempresas. Esclarece que, apesar de estar destacado nos documentos fiscais, o valor do ICMS por substituição, entende que não é devido tal imposto, tendo em vista que já havia se encerrado a fase de tributação. Ressalta que, em relação às mercadorias com tributação normal, já foi cobrado o imposto no item 2 deste Auto de Infração. Quanto às

mercadorias não enquadradas na substituição tributária vendidas a microempresas e contribuintes não inscritos, informa que o imposto devido está incluído no conta corrente por ela elaborado (infração 2);

4. entende que os valores destacados nas notas fiscais, a título de ressarcimento, não configuram a ocorrência de fato gerador do ICMS, pelas razões adredemente mencionadas.

Conclui afirmando que, em relação à infração 2, o débito fica reduzido para R\$11.613,27, devendo ser excluído o valor referente à infração 3, uma vez que a fase de tributação do imposto estadual já havia se encerrado, tudo de acordo com o demonstrativo acostado à fl. 378.

O autuante e o autuado foram cientificados do resultado da diligência, mas não se pronunciaram nos autos.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em relação à infração 1, porque o contribuinte deixou de recolher o ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação, nos exercícios de 1994, 1995, 1996 e 1997, fato reconhecido pelo autuado que se dispôs a recolher o imposto apurado.

O lançamento aponta, ainda, a falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, referente a operações de saídas com tributação normal, não escrituradas nos livros fiscais, (infração 2) e a falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas operações internas subseqüentes realizadas para contribuintes localizados neste Estado (infração 3) - ambas as infrações nos exercícios de 1994 e 1995.

Os itens 2 e 3 foram impugnados pelo autuado, sob o argumento de que somente adquire mercadorias enquadradas na substituição tributária e, portanto, não poderia haver imposto a recolher nas operações de saídas, já que a fase de tributação encontrava-se encerrada.

O autuante, por outro lado, afirma que o autuado também comercializa com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária e, portanto, nas operações de saídas de tais mercadorias, deveria ter efetuado o recolhimento do tributo, ou pelo regime normal ou pelo regime de substituição tributária, nas vendas a microempresas ou a contribuintes não inscritos.

O primeiro diligente, à fl. 363, confirmou que o autuado adquire e revende mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária e que não efetuou nenhum recolhimento de ICMS, pelo regime normal de apuração, nos exercícios de 1994 e 1995 e, além disso, que não há operações de saídas de mercadorias enquadradas ou sujeitas à substituição tributária. Informou, ainda, que houve destaque de valores nas notas fiscais de saídas, efetivamente cobradas do destinatário, mas não repassadas ao Erário estadual.

O segundo diligente, após examinar os livros e documentos fiscais, apresentou seu parecer, o qual acato, inclusive porque não foi impugnado pelo autuante nem pelo autuado, reduzindo o débito referente à infração 2 e excluindo o valor relativo à infração 3 do presente lançamento, tendo em vista que:

1. o contribuinte, embora tenha como principal atividade a distribuição de medicamentos, também adquire e revende mercadorias não enquadradas na substituição tributária;

2. foi feito o conta corrente fiscal, utilizando os créditos fiscais relativos às aquisições de mercadorias não enquadradas na substituição tributária, de acordo com o demonstrativo às fls 364 a 365, e os débitos extraídos do campo “ICMS Normal” apurado pelo autuante às fls. 39 a 106, tendo sido apurados saldos devedores nos meses de setembro/95 a dezembro/95, no valor total de R\$11.613,27, relativamente à infração 2;
3. quanto à infração 3, apesar de estar destacado nos documentos fiscais, o valor do ICMS por substituição para fins de ressarcimento junto às farmácias, entende que não é devido tal imposto, uma vez que já havia se encerrado a fase de tributação;
4. em relação às mercadorias com tributação normal, já foi cobrado o imposto no item 2 deste Auto de Infração e quanto às mercadorias não enquadradas na substituição tributária vendidas a microempresas e contribuintes não inscritos, informa que o imposto devido está incluído no conta corrente por ela elaborado (infração 2).

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo segundo diligente (à fl. 378), devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233080.0008/98-9**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS VITÓRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.744,52**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.131,25 e 70% sobre R\$11.613,27, previstas no art. 61, II, “d”, III, “b” e IV, “a”, da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO- JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR