

PROCESSO - A.I. Nº 207185.0008/03-4  
RECORRENTE - FARMÁCIA PAI E FILHOS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0224-02/03  
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA  
INTERNET - 21.11.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0606-11/03

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. FARMÁCIA. Modificada a Decisão. O contribuinte que exerce a atividade de “Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos Alopáticos (Farmácias e Drogarias)” comercializa com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária (ou antecipação, no caso de aquisição de mercadoria em Estado não signatário de Convênios ou Protocolos), e, quanto às demais, mesmo tendo tributação normal, o imposto é pago por antecipação, em razão do seu ramo de atividade (§ 2º, do art. 353, do RICMS/97). Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão n.º 0224-02/03, da 2ª JJF, que, por Decisão unânime de seus membros, julgou Procedente o presente Auto de Infração, em que o contribuinte insurge-se, somente, contra o item 1 da autuação, que trata da omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento de documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro a novembro de 2002.

Pontuou o recorrente que o relator da Decisão recorrida disse textualmente: “*considerando que embora o autuado tenha alegado que as mercadorias tiveram o ICMS pago por antecipação, não foi apresentada qualquer comprovação relativa ao pagamento do imposto na entrada de mercadorias, conforme estabelecido na legislação. Assim considero subsistente a ação fiscal*”.

Aduziu que está anexando cópias das notas fiscais de compra, que comprovariam o pagamento antecipado do ICMS, devidamente lançadas no seu livro Registro de Entrada de Mercadorias, e que estas mercadorias sobre as quais está sendo exigido imposto são “medicamentos”.

Pidiu o arquivamento do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, propôs a esta 1ª CJF que fosse realizada diligência por preposto da ASTEC a fim de ver respondidos os seguintes quesitos:

1. as notas fiscais colacionadas aos autos se referem ao AI em questão?
2. em caso afirmativo, elas demonstram que o imposto foi recolhido por antecipação?
3. em caso afirmativo, isso impossibilita a cobrança do imposto pelo método adotado pelo fiscal autuante?

A proposição de diligência foi indeferida por esta 1ª CJF, sendo que, como relator do PAF, apresentei os seguintes arrazoados:

“*A Representante da PGE/PROFIS solicitou diligência a ser realizada por preposto da ASTEC, com o fito de esclarecer o primeiro item do Auto de Infração, que trata da exigência de*

*imposto em razão da omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento de documento fiscal – Notas Fiscais de Venda a Consumidor – nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro a novembro de 2002, formulando três quesitos que pretendeu ver respondidos.*

*Como relator do PAF, esclareci aos membros desta CJF que a exigência deriva da falta de escrituração, e consequentemente, oferecimento à tributação, de notas fiscais de saída de mercadorias.*

*Ocorre que, já nas cópias das notas fiscais série D-1 anexadas pelo próprio autuante, vê-se que as mercadorias em questão são medicamentos da linha humana (fls. 16 e seguintes).*

*Também, nos dados cadastrais do contribuinte (fl. 14) consta, além da razão social: “Farmácia Pai e Filhos Ltda.”, a informação de que o seu ramo de atividade é “Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos Alopáticos (Farmácias e Drogarias)”, não restando a menor dúvida de que estamos apreciando um Auto de Infração lavrado contra estabelecimento farmacêutico.*

*Neste caso, o contribuinte comercializa com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária (ou antecipação, no caso de aquisição de mercadoria em Estado não signatário de Convênios ou Protocolos), e, quanto às demais, mesmo tendo tributação normal, o imposto é pago por antecipação, em razão do seu ramo de atividade (§ 2º, do art. 353, do RICMS/97).*

*Assim, na sessão realizada em 11-09-2003, os membros desta 1ª CJF indeferiram a diligência requerida, por considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, além de entendê-la desnecessária em vista de outras provas produzidas (art. 147, I, “a”, e II, “b”, do RPAF/99), determinando que o PAF retorne à Representante da PGE/PROFIS, para emissão do seu Parecer conclusivo.”*

Em novo pronunciamento, a representante da PGE/PROFIS afirmou que “*o entendimento da JJF tem fundamento no fato de não ter havido registro de notas fiscais de venda a consumidor final, as quais foram entregues à fiscalização pelo Tribunal de Contas dos Municípios, ou apreendidas pela fiscalização no estabelecimento autuado, pois foram vendas realizadas a entidades governamentais, o que é reconhecido como procedimento errado pela fiscalização*”, e que entende que “*são muito graves as acusações feitas pelo auditor fiscal em fl. 11, o que embasou o julgamento de 1ª Instância, inclusive, em se comprovando os fatos que fundamentam as referidas acusações configuram crime fiscal*”.

Concluiu: “*efetivamente não me sinto segura em emitir um Parecer sem a conferência dessa documentação pela ASTEC, entendo que é necessário ser verificado se as mercadorias das notas fiscais de saídas tiveram a entrada registrada e tributada, e a relação das mercadorias constantes no inventário com as mercadorias objeto da autuação, se acaso os ilustres Conselheiros podem julgar sem esses esclarecimentos, também julgarão sem nosso Parecer quanto ao mérito*”.

## VOTO

O item do Auto de Infração, em comento, exige ICMS em decorrência da falta de registro das notas fiscais de venda a consumidor (série D-1), supostamente sem o pagamento do imposto devido, nas saídas de medicamentos para instituições governamentais, promovidas por estabelecimento que exerce a atividade de “Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos Alopáticos (Farmácias e Drogarias)”.

Como já esclareci aos membros desta 1ª CJF, no momento em que foi indeferida a diligência proposta pela representante da PGE/PROFIS, neste caso, o contribuinte comercializa com

mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária (ou antecipação, no caso de aquisição de mercadoria em Estado não signatário de Convênios ou Protocolos), e, quanto às demais, mesmo tendo tributação normal, o imposto é pago por antecipação, em razão do seu ramo de atividade (§ 2º, do art. 353, do RICMS/97).

Ou seja, todo o imposto é pago na aquisição (entrada) das mercadorias (inclusive sabonete, xampu, etc.), e não no momento da realização das vendas subsequentes.

Pergunto:

1. se uma farmácia – lembro, o imposto é pago antecipadamente, ou ao menos deveria sê-lo – promover saída de mercadoria sem a emissão de qualquer documento fiscal, deve ICMS? Claro que não. Deve, certamente, alguma penalidade por descumprimento de obrigação acessória.
2. se ela emitir a metade dos documentos fiscais que deveria na ocasião das vendas, e registrá-los no livro RSM, deve ICMS? A resposta, também, é não.
3. se, no entanto, emitir todos os documentos fiscais, ou a maioria deles, e não promover o respectivo lançamento no livro RSM, deve ICMS? Igualmente, não.

Parece-me que este caso se enquadraria, possivelmente, no quesito 3.

Entendo, perfeitamente, a irresignabilidade da representante da PGE/PROFIS, face da gravidade das acusações levantadas contra o contribuinte autuado (inclusive de crime, se comprovadas), mas, lamento, a autuação se deu de maneira equivocada, pois, farmácia não paga imposto na saída, mas, ao revés, como já dito, deve fazê-lo na entrada das mercadorias.

Coaduno, portanto, com o seu posicionamento quando afirmou ser necessário verificar se as mercadorias das notas fiscais de saídas tiveram a entrada registrada e tributada, e, arrimado no art. 156, do RPAF/99, represento à autoridade competente para que determine a instauração de novo procedimento fiscal, para que neste se adote um roteiro de auditoria capaz de identificar a aquisição, pelo contribuinte recorrente, de mercadorias sem nota fiscal, ou, mesmo que com nota fiscal, sem o pagamento antecipado do imposto.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para modificar a Decisão recorrida, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, pois o seu item 1 é IMPROCEDENTE.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207185.0008/03-4, lavrado contra FARMÁCIA PAI E FILHOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$280,00, prevista no art. 42, XVIII, “b” e “c”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2003.

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS