

A. I. Nº - 233055.1201/02-0
AUTUADO - DROGARIA SIMÃO LTDA.
AUTUANTE - SÉRGIO TERUYUKI TAIRA
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 04/08/2003

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0286-01/03

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. Nas aquisições de medicamentos de uso humano procedentes de Estados signatários do Convênio ICMS 76/94, quem deve ser responsabilizado pelo imposto, em caso de falta de antecipação, é o laboratório farmacêutico. Refeitos os cálculos, para correção de equívocos do lançamento. **b) FARMÁCIA. MERCADORIAS NÃO CONSIDERADAS MEDICAMENTOS.** Previsão legal da antecipação do imposto. Corrigidos os cálculos. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** Provado que parte dos documentos se encontrava escriturada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/02, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de registro de Notas Fiscais de aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, implicando a falta de antecipação do ICMS correspondente, sendo lançado imposto no valor de R\$4.160,03, com multa de 60%;
2. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na condição de farmácia ou drogaria, tendo a empresa deixado de registrar Notas Fiscais de aquisições de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, sendo por isso lançado imposto no valor de R\$28.532,55, com multa de 60%;
3. falta de escrituração, no Registro de Entradas, de Notas Fiscais de aquisições de mercadorias não tributáveis (operações com o imposto pago pelo regime de substituição tributária).

O contribuinte defendeu-se explicando inicialmente que mudou sua razão social para Drogaria São Paulo Ltda. Fala da natureza de seus negócios. Nega os fatos. Alega que no máximo teria havido recolhimento de imposto a menos, mas não a falta de pagamento. Reclama que o fiscal não observou que nas compras efetuadas neste Estado o imposto já se encontra pago pelos distribuidores (medicamentos). Além disso, algumas Notas Fiscais tidas como não registradas se encontram devidamente lançadas. Por último, foi aplicada a alíquota de 25% sobre operações tributáveis à alíquota de 17%, há apuração de imposto em várias Notas Fiscais com valores e datas distintos e que até inexistem.

Segundo a defesa, o Auto de Infração estaria eivado de vício de formação, pois foi assinado por apenas um auditor. Aduz que o enquadramento legal da infração não abriga o ramo de atividade da empresa, e que não foram atendidas as exigências formais na lavratura do Auto, acarretando cerceamento de defesa. Alega que a descrição dos fatos acusa a falta de recolhimento do imposto, em contradição com o demonstrativo elaborado pela fiscalização, no qual consta a descrição de crédito do imposto em todas as operações. Argumenta que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto não é sua, mas dos fornecedores, de modo que seriam estes que deviriam figurar como sujeitos passivos.

Insiste que o Auto de Infração precisa ser assinado por dois auditores.

Questiona a base de cálculo do imposto, alegando que farmácias concedem descontos de até 75%. Assinala que os descontos incondicionais não integram a base de cálculo do tributo.

Alega que o Auto de Infração é omissivo quanto ao critério de mensuração da base de cálculo. Impugna a margem de lucro aplicada pela fiscalização.

Seguem-se considerações acerca da legalidade da tributação.

Requer a improcedência do Auto de Infração.

O auditor responsável pelo procedimento prestou informação admitindo que realmente algumas Notas Fiscais se encontravam registradas. Diz que não foi cobrado imposto de mercadorias adquiridas no Estado, e, mesmo que tivesse, o imposto seria devido no caso de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária. Acrescenta que algumas mercadorias são tributáveis à alíquota de 25%, como é o caso dos xampus (*sic*). Quanto ao DAE anexado pela defesa, informa que aquele comprovante diz respeito a um parcelamento que não tem nada a ver com o débito em discussão. Conclui dizendo que, como algumas Notas Fiscais haviam sido registradas e o imposto foi antecipado, foram refeitas as planilhas do débito com as devidas correções.

Na fase de instrução do processo, o autuado requereu a juntada dos instrumentos às fls. 764/838. Reclama que a alíquota das operações com xampu não são tributáveis em 25%. Alega que, além das correções feitas pelo autuante na informação prestada, existem outros erros.

O processo foi remetido à repartição de origem para que o fiscal examinasse os novos elementos e falasse sobre os mesmos.

O autuante reconhece que de fato houve erro com relação à alíquota dos xampus e a algumas Notas Fiscais que de fato foram registradas. Refez as planilhas de cálculo.

VOTO

Não procede a alegação da defesa de que o Auto de Infração careça da assinatura de dois auditores. Quanto à alegada contradição dos dados do procedimento e aos questionamentos em torno da base de cálculo, observo que os autos foram submetidos a revisões. Está patente que o fiscal autuante incorreu em uma série de equívocos, e os reconheceu ao prestar a informação, refazendo os cálculos, e depois, ao cumprir a diligência determinada por esta Junta, novamente refez os demonstrativos referentes às três infrações. Porém esses erros não anulam o procedimento. Foi mandado dar vista dos novos cálculos ao sujeito passivo, que teve oportunidade de se manifestar sobre os novos elementos.

A defesa alega que, no caso do imposto não antecipado, a responsabilidade seria dos fornecedores.

Nas aquisições de medicamentos procedentes de Estados signatários do Convênio ICMS 76/94, quem deve ser responsabilizado pelo imposto, em caso de falta de antecipação, é o laboratório

farmacêutico. Note-se que São Paulo, Ceará, Goiás, Amazonas, Minas Gerais e o Distrito Federal se retiraram do aludido convênio. Assim, a responsabilidade pela antecipação do tributo deixa de ser do fabricante situado naqueles Estados, e passa para o adquirente. O fiscal autuante, embora tenha admitido uma série de erros, não excluiu do levantamento as parcelas referentes a medicamentos adquiridos à Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Moura Ltda., do Estado do Espírito Santo. Este Estado é signatário do aludido convênio. O responsável pelo tributo é, portanto, do fornecedor. Farei eu mesmo a exclusão das parcelas relativas às Notas Fiscais emitidas pela referida empresa.

Quanto aos outros produtos não considerados medicamentos e não arrolados no citado convênio, as farmácias devem providenciar a antecipação do tributo na entrada dos mesmos no estabelecimento.

No tocante à discussão acerca da alíquota, é claro que xampus, condicionadores, cremes e produtos similares não são tributáveis à alíquota de 25%, como supôs a princípio o fiscal autuante, tendo, depois, corrigido o equívoco.

O débito originário do 1º item do Auto de Infração é o constante no demonstrativo à fl. 14. Na informação fiscal, o autuante reduziu o débito de R\$4.160,03 para R\$ 3.800,30, conforme demonstrativo à fl. 744. Como persistiram erros, na revisão efetuada o autuante refez os cálculos, reduzindo o lançamento para R\$2.953,09, de acordo com o demonstrativo à fl. 853. Deixou, contudo, de excluir as parcelas relativas a medicamentos procedentes do Estado do Espírito Santo. Com base no demonstrativo à fl. 853, excluindo-se as parcelas relativas a medicamentos procedentes daquele Estado (Distribuidora Moura), o débito do 1º item fica assim:

| DATA OCORR. | DATA VENC. | ICMS |
|-------------|------------|----------|
| 31/12/1997 | 09/01/1998 | 214,05 |
| 30/09/1999 | 09/10/1999 | 1.989,62 |
| Soma | | 2.203,67 |

No caso do 2º item, o débito originário é o constante no demonstrativo às fls. 38. Na informação fiscal, o autuante reduziu o débito, de R\$28.532,55 para R\$22.726,77, de acordo com os demonstrativos às fls 745/752. O autuado reclamou da persistência de erros, e o autuante refez os cálculos, baixando o débito para R\$15.250,49, conforme demonstrativos às fls. 847/852. Com base naquele demonstrativo, o débito do 2º item fica assim:

| DATA OCORR. | DATA VENC. | ICMS |
|-------------|------------|----------|
| 31/05/19 | 09/06/19 | 210,50 |
| 30/06/19 | 09/07/19 | 421,44 |
| 31/07/19 | 09/08/19 | 351,89 |
| 31/08/19 | 09/09/19 | 1.373,38 |
| 30/09/19 | 09/10/19 | 1.284,54 |
| 31/10/19 | 09/11/19 | 379,35 |
| 30/11/19 | 09/12/19 | 1.188,88 |
| 31/12/19 | 09/01/19 | 1.906,31 |
| 31/01/19 | 09/02/19 | 1.160,52 |
| 28/02/19 | 09/03/19 | 746,11 |
| 31/03/19 | 09/04/19 | 517,09 |
| 30/04/19 | 09/05/19 | 914,22 |
| 31/05/19 | 09/06/19 | 457,26 |
| 30/06/19 | 09/07/19 | 395,92 |
| 31/08/19 | 09/09/19 | 642,30 |
| 30/09/19 | 09/10/19 | 214,43 |
| 31/10/19 | 09/11/19 | 102,22 |
| 30/11/19 | 09/12/19 | 627,89 |
| 31/12/19 | 09/01/19 | 492,80 |
| 31/01/19 | 09/02/19 | 324,55 |

| | | |
|----------|----------|-----------|
| 28/02/19 | 09/03/19 | 180,98 |
| 31/03/19 | 09/04/19 | 108,69 |
| 30/04/19 | 09/05/19 | 127,92 |
| 31/05/19 | 09/06/19 | 638,89 |
| 30/06/19 | 09/07/19 | 181,84 |
| 31/08/19 | 09/09/19 | 182,93 |
| 31/10/19 | 09/11/19 | 117,64 |
| Total | | 15.250,49 |

No que concerne ao 3º item, o débito originário é de R\$1.660,10, de acordo com o instrumento às fls. 311/314. Na informação, o fiscal reduziu o débito para R\$1.637,60, conforme demonstrativo às fls. 753/756. Diante da reclamação do sujeito passivo de que ainda havia erros, o fiscal novamente refez os cálculos, e o débito foi reduzido para R\$761,58, conforme demonstrativos às fls. 854/856. O débito do 3º item fica assim:

| DATA OCORR. | DATA VENC. | MULTA |
|-------------|------------|--------|
| 31/05/1997 | 31/05/1997 | 31,24 |
| 30/06/1997 | 30/06/1997 | 132,71 |
| 31/07/1997 | 31/07/1997 | 163,82 |
| 31/08/1997 | 31/08/1997 | 102,24 |
| 30/09/1997 | 30/09/1997 | 58,77 |
| 31/10/1997 | 31/10/1997 | 24,00 |
| 30/11/1997 | 30/11/1997 | 21,86 |
| 31/12/1997 | 31/12/1997 | 13,34 |
| 31/01/1998 | 31/01/1998 | 5,38 |
| 28/02/1998 | 28/02/1998 | 15,37 |
| 31/03/1998 | 31/03/1998 | 36,52 |
| 30/04/1998 | 30/04/1998 | 11,96 |
| 31/05/1998 | 31/05/1998 | 28,92 |
| 30/06/1998 | 30/06/1998 | 13,76 |
| 31/08/1998 | 31/08/1998 | 13,17 |
| 30/11/1998 | 30/11/1998 | 64,79 |
| 30/04/1999 | 30/04/1999 | 21,02 |
| 31/05/1999 | 31/05/1999 | 2,71 |
| Total | | 761,58 |

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233055.1201/02-0**, lavrado contra **DROGARIA SIMÃO LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.454,16**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa de **R\$761,58**, prevista no art. 42, XI, da supramencionada lei.

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

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA