

PROCESSO - A.I. Nº 298962.0004/03-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - REVIDA COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0153-01/04
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 08.07.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0134-12/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA A CONSUMIDOR PUBLICADOS EM REVISTA DO SETOR FARMACÊUTICO COMO BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO ANTECIPADO. No levantamento fiscal existem produtos que não integram o rol das mercadorias sujeitas a substituição tributária. Os autos foram objeto de diligência para juntada de prova, pelo fisco. A cópia da revista anexada pelo autuante não contempla os produtos objeto da ação fiscal em questão, e o único produto que figura na lista da revista contém preço diverso daquele adotado pela fiscalização. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que, julgou o Auto de Infração em epígrafe, Procedente em Parte.

O Auto de Infração foi lavrado em 31/05/2003, sob imputação de 2 (duas) infrações para exigência do ICMS no valor de R\$58.580,19:

1. falta de entrega de arquivos magnéticos ao fisco – multa de R\$ 3.473,56;
2. pagamento de ICMS por antecipação efetuado a menos, nas aquisições de medicamentos oriundos de Estados não signatários do Convênio ICMS nº 76/94, em virtude de diferença entre os preços máximos de venda a consumidor e os preços praticados pelos laboratórios em suas notas fiscais de venda ao autuado, sendo lançado imposto no valor de R\$ 58.580,19, com multa de 60%.

Na Decisão recorrida, a seguir transcrita, observa-se que o D. Julgador fundamentou seu voto nas seguintes razões de fato e de direito.

“ A defesa arguiu como preliminar o fato de o Termo de Início de Fiscalização ter perdido a eficácia, por extrapolar o prazo de 60 dias.

O § 1º do art. 28 do RPAF/99 prevê que o procedimento de fiscalização deve ser concluído no prazo de 60 dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo de que cuida aquele parágrafo e não sendo o mesmo prorrogado, poderá o sujeito passivo exercer o seu direito à denúncia espontânea, enquanto não for iniciado novo procedimento fiscal.

Note-se, portanto, que a consequência jurídica da inobservância das formalidades do dispositivo em apreço não é a nulidade do procedimento, mas sim que a empresa deixa de considerar-se sob ação fiscal, podendo, caso pretenda, recolher o tributo porventura devido

espontaneamente. Ou seja, se a fiscalização extrapolou o prazo de 60 dias, sem comunicar ao contribuinte, por escrito, a prorrogação dos trabalhos, o sujeito passivo poderia ter exercido o seu direito à denúncia espontânea. Isso não se deu. Rejeito a preliminar suscitada. Passo ao exame do mérito.

O item 1º do Auto de Infração diz respeito à multa por falta de entrega de arquivos magnéticos ao fisco. Ante a falta da apresentação, foi mantida a exigência fiscal.

Quanto à acusação feita no 2º item, o autuado teria feito o pagamento de ICMS por antecipação a menos, nas aquisições de medicamentos oriundos de Estados não signatários do Convênio ICMS nº 76/94, em virtude de diferença entre os preços máximos de venda a consumidor e os preços praticados pelos laboratórios em suas notas fiscais de venda ao autuado. Na informação fiscal, o autuante disse que considera devido o tributo uma vez que a substituição tributária deve incidir sobre os preços máximos publicados pela tabela da ABCFARMA. Foi determinado em diligência solicitada por esta Junta que o fiscal anexasse aos autos as cópias da aludida Revista ABCFARMA, nas quais estivessem publicadas as referidas tabelas, para demonstração do que é acusado no Auto de Infração, compreendendo todos os itens de medicamentos objeto da ação fiscal, relativamente a cada laboratório.

A diligência não foi cumprida. A cópia anexa às fls. 526 a 559 (da revista Guia da Farmácia, de acordo com indicação de rodapé, e não da ABCFARMA, como disse o fiscal) não contempla os produtos objeto da ação fiscal em questão. O autuante alega que havia pedido emprestado a revista (ABCFARMA) a uma determinada farmácia, e quando pediu novamente a revista para cumprir a diligência a mesma já havia sido destruída.

Na verdade, as provas devem ser anexadas aos autos no momento da autuação, fornecendo-se, na intimação, cópias das mesmas ao sujeito passivo, como manda o art. 46 do RPAF/99. Se a acusação diz respeito a divergências de preços entre os constantes no documento fiscal e os publicados em determinada revista, é imprescindível a juntada de cópia da revista. Os fatos devem ser carreados aos autos por quem os alega.

A defesa protesta que em momento algum foi provado que os preços apontados como de venda a consumidor final fossem os realmente sugeridos pelo fabricante, sustentando que de fato não o são.

Analisando a cópia da revista anexa às fls. 526 a 559 (revista Guia da Farmácia, de acordo com indicação de rodapé), noto que a listagem não contempla os produtos objeto da ação fiscal em questão. Chequei com todo cuidado, item por item, e assinalo o seguinte:

- 1. existem produtos, no levantamento fiscal, que não integram a substituição tributária, a exemplo de sabonetes e xampus;*
- 2. o fiscal não tirou cópia da capa da revista, de modo que não se tem certeza de qual o mês da publicação; por certas observações feitas pelo editor, conclui-se que ela é posterior a novembro de 2001; o levantamento compreende também meses anteriores a novembro;*
- 3. o preço do produto Diprobeta suspensão inj. cx. 1 amp. 1 ml, do laboratório Bunker, em janeiro de 2002, de acordo com o levantamento fiscal à fl. 24, é R\$ 10,14, ao passo que na lista da revista à fl. 537 o preço máximo a consumidor à alíquota de 17% é de R\$ 9,15;*
- 4. o produto Acetato Medroxipro, do laboratório Bunker, em janeiro de 2002 (fl. 25), não consta na lista da revista (de Acerola pula para Aceticil);*
- 5. Colírio Cloranfenicol, do laboratório Bunker, em janeiro de 2002 (fl. 25), não consta na lista da revista (o único colírio é do Laboratório Legrand);*

6. *Beritin, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 28), não consta na lista da revista (de Beriplast pula para Berlison);*
7. *Assdatil, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 28), não consta na lista da revista (de Aspirina pula para Assepium);*
8. *Mebendathil, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 28), não consta na lista da revista (de Mebendagel pula para Mebendazol);*
9. *Becdazol, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 28), não consta na lista da revista (de Bazoton pula para Becenum);*
10. *Baczin, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 29), não consta na lista da revista (de Bactroban pula para Baklinger);*
11. *Flamatrat, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 29), não consta na lista da revista (de Famoxil pula para Gastrocimet);*
12. *todos os demais produtos da fl. 29 (Butacid, Dexamex, Katrizan, Miocardil, Nimelid, Predcort e Zoldan), do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002, não constam na lista da revista;*
13. *Belmirax (fl. 30), do laboratório Belfar, em janeiro de 2002, não consta na lista da revista;*
14. *todos os produtos da fl. 31 (Calsol, Belcomplex, Belspan, Sarnerico, Tebiloba e Deltapio), do laboratório Belfar, em janeiro de 2002, não constam na lista da revista;*
15. *todos os produtos da fl. 32 (Hidroten, Dipigina, Plabel e Sulferbel), do laboratório Belfar, em janeiro de 2002, não constam na lista da revista;*
16. *Novovita, do laboratório Pró-Saúde, em janeiro de 2002 (fl. 33), não consta na lista da revista;*
17. *Nervovita, do laboratório Pró-Saúde, em janeiro de 2002 (fls. 34, 35, 36 e 37), não consta na lista da revista;*
18. *Vitaglos, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 38), não consta na lista da revista;*
19. *todos os produtos da fl. 39 (Algi-flanderil, Capitozen e Zoldan), do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002, não constam na lista da revista;*
20. *todos os produtos das fls. 40, 41, 42, 43 e 44 (Biofortônico, Leite de Magnésia, Melatossil, Sorinan, Albemdal, Ritpress, Própolis, Sabonete Glicerina, Nevraldor e Tyol), do laboratório Pharmascience, em janeiro e fevereiro de 2002, não constam na lista da revista;*
21. *Dipigina, do laboratório Belfar, em março de 2002 (fl. 45), não consta na lista da revista;*
22. *todos os produtos das fls. 46 e 47 (Bacina, Beflox, Belfaren, Belmirax, Betametazol, Flagimax, Flaticona, Flucol, Lisoderme, Piroflan, Calsol, Belcomplex, Belspan, Iernergina, Paramol, Plabel, Promergan, Sarnerico e Sulferbel), do laboratório Belfar, em março de 2002, não constam na lista da revista;*
23. *no caso dos produtos objeto do levantamento de julho até novembro de 2001, não foi apresentada a lista pelo autuante; na lista apresentada não constam os produtos dos laboratórios Arte Nativa, Lapon, Bio-Macro, Pharlab, Pharmus, Globo e Ermon;*

24. *quanto ao mês de dezembro de 2001, todos os produtos da fl. 114 (Dermonil, Doraflex, Ferrison, Fungitrin, Becdazol e Soripan), do laboratório Vitapan, não constam na lista da revista.*
25. *todos os produtos das fls. 115 e 116 (Betacortizol, Flagimax, Flaticona, Flucol, Neutoss, Nilclamida, Tromizin, Vagistamina, Piroflan, Paramol, Pasta d'Água, Piosan, Piomicina, Sulferbel, Belcomplex, Gargotos, Calminex, Gretest, Levedo de Cerveja e Nesofar), do laboratório Belfar, em dezembro de 2001, não constam na lista da revista;*
26. *todos os produtos da fl. 117 (Dermonil, Doraflex, Ferrison, Fungitrin, Secdazol e Soripan), do laboratório Vitapan, em dezembro de 2001, não constam na lista da revista;*
27. *todos os produtos da fl. 118 (Baczin, Nimelid, Cicatrizan, Predcort, Treciclin, Dexamex, Dibetam, Doxilina, Eritrovit, Nixtax, Zoldan, Ampitrat, Bronquil, Cinazin e Flamatrat), do laboratório Vitapan, em dezembro de 2001, não constam na lista da revista;*
28. *Vitaglos e Assedatil, do laboratório Vitapan, em dezembro de 2001 (fl. 119), não constam na lista da revista;*
29. *Butacid, do laboratório Vitapan, em dezembro de 2001 (fl. 120), não consta na lista da revista.*

Não foi provado nos autos que os preços máximos de venda a consumidor sugeridos ao público pelos fabricantes dos medicamentos (e outros produtos como sabonetes e xampus) fossem superiores aos indicados nos documentos fiscais, como acusa o fisco. O lançamento de que cuida o 2º tópico do Auto de Infração é desprovido de fundamento.”

Assim sendo, o D. Julgador da 1ª Junta de Julgamento Fiscal votou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, reconhecendo como subsistente apenas o item 1 da autuação - falta de entrega de arquivos magnéticos ao fisco – multa de R\$ 3.473,56;

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

VOTO

Entendo que a Decisão recorrida não merece qualquer reparo, uma vez que o autuante não foi capaz de se desincumbir do ônus da prova, a que estava obrigado fazer. Assim acolho o teor da Decisão de Primeira Instância, em parte aqui transcrita:

“Quanto à acusação feita no 2º item, o autuado teria feito o pagamento de ICMS por antecipação a menos, nas aquisições de medicamentos oriundos de Estados não signatários do Convênio ICMS nº 76/94, em virtude de diferença entre os preços máximos de venda a consumidor e os preços praticados pelos laboratórios em suas notas fiscais de venda ao autuado.

Foi determinado em diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal que o fiscal anexasse aos autos as cópias da aludida Revista ABCFARMA, considerando que, na informação fiscal, o autuante disse que considera devido o tributo uma vez que a substituição tributária deve incidir sobre os preços máximos publicados pela tabela da ABCFARMA, nas quais estivessem publicadas as referidas tabelas, para demonstração do que é acusado no Auto de Infração, compreendendo todos os itens de medicamentos objeto da ação fiscal, relativamente a cada laboratório.

A diligência não foi cumprida. A cópia anexa às fls. 526 a 559 (da revista Guia da Farmácia, de acordo com indicação de rodapé, e não da ABCFARMA, como disse o fiscal) não contempla os produtos objeto da ação fiscal em questão. O autuante alega que havia pedido emprestado a revista (ABCFARMA) a uma determinada farmácia, e quando pediu novamente a revista para cumprir a diligência a mesma já havia sido destruída.”

“Na verdade, as provas devem ser anexadas aos autos no momento da autuação, fornecendo-se, na intimação, cópias das mesmas ao sujeito passivo, como manda o art. 46 do RPAF/99. Se a acusação diz respeito a divergências de preços entre os constantes no documento fiscal e os publicados em determinada revista, é imprescindível a juntada de cópia da revista. Os fatos devem ser carreados aos autos por quem os alega.

A defesa protesta que em momento algum foi provado que os preços apontados como de venda a consumidor final fossem os realmente sugeridos pelo fabricante, sustentando que de fato não o são.

Analisando a cópia da revista anexa às fls. 526 a 559 (revista Guia da Farmácia, de acordo com indicação de rodapé), noto que a listagem não contempla os produtos objeto da ação fiscal em questão.

O D. Julgador da 1ª Junta de Julgamento Fiscal teve o cuidado de checar, item por item, todos os produtos relacionados pelo autuante, e concluiu que:

“Não foi provado nos autos que os preços máximos de venda a consumidor sugeridos ao público pelos fabricantes dos medicamentos (e outros produtos como sabonetes e xampus) fossem superiores aos indicados nos documentos fiscais, como acusa o fisco. O lançamento de que cuida o 2º tópico do Auto de Infração é desprovido de fundamento.”

Pelas razões apontadas, voto pelo NÃO PROVIMENTO Recurso de Ofício por considerar o item 2 do Auto de Infração IMPROCEDENTE e, desta forma, manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298962.0004/03-7, lavrado contra **REVIDA COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa de **R\$3.473,56**, com os respectivos acréscimos legais, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS