

PROCESSO - A. I. Nº 129655.0004/04-4
RECORRENTE - ERIOMAR DOS SANTOS CAVALCANTE
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0375-03/04
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 09/12/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0341-12/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS POR CONTRIBUINTE INSCRITO NA ATIVIDADE DE FARMÁCIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o imposto por antecipação tributária referente a quaisquer mercadorias adquiridas por farmácias, mesmo no caso de insumos destinados à manipulação. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF), que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$ 8.529,39, por falta de recolhimento do imposto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições interestaduais de mercadorias, no período de novembro de 2001 a março de 2004.

O autuado alega que é uma farmácia de manipulação, e que as mercadorias em questão são destinadas ao preparo ou industrialização de medicamentos e, portanto, não estão sujeitas à substituição tributária. Ressalta que estava enquadrado como microempresa, optante pelo Regime do SimBahia. Argumenta que, caso fosse admitida a substituição tributária, o imposto não poderia ser exigido com base no Regime Normal. Por isso, arguiu prejudicial de validade e eficácia, para que seja apreciada e decidida com fundamentação própria e específica. Transcreve ementas de decisões deste CONSEF e, ao final, requer a Improcedência do Auto de Infração.

Por seu turno, o autuante na informação fiscal mantém a autuação.

A 3ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente, tendo o ilustre relator proferido o seguinte voto:

O Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições interestaduais de mercadorias, no período de novembro de 2001 a março de 2004, conforme demonstrativos às fls. 08 a 12 dos autos.

De acordo com o § 2º, do art. 353, do RICMS/97 (redação vigente à época dos fatos), as farmácias, drogarias e casas de produtos naturais devem recolher o ICMS por antecipação nas aquisições de quaisquer mercadorias efetuadas neste Estado, ou no exterior, e observar o disposto no art. 371, inciso I, alínea “c”, quanto às aquisições interestaduais. Verbis:

“Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias

operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art 355:

I – no prazo previsto no inciso I do art. 125:

(...)

c) pelas farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, em se tratando de quaisquer mercadorias”.

Pelos dispositivos legais acima transcritos, constato que o autuado estava obrigado a efetuar o pagamento do imposto por antecipação, por desenvolver suas atividades no ramo de farmácia, inexistindo na legislação qualquer exceção para os casos de manipulação.

A autuação fiscal se refere ao período de novembro de 2001 a março de 2004, quando estava em vigor a redação dos dispositivos acima mencionados, e o autuado é inscrito na Secretaria da Fazenda com a atividade de Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos com Manipulação de Fórmulas, enquadrado no SIMBAHIA, com opção desde 31/03/2000, conforme extrato INC, à fl. 14 do presente processo.

Vale ressaltar que não é acatada a alegação defensiva quanto à falta de recolhimento da antecipação relacionada ao fato de o autuado encontrar-se inscrito no SIMBAHIA, haja vista que nos recebimentos, por microempresas, empresas de pequeno porte, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária procedentes de outras unidades da Federação, não tendo havido retenção pelo remetente ou tendo a retenção sido feita a menos deve ser feita a antecipação do pagamento do imposto (art 391 do RICMS/97).

Entendo que está caracterizada a infração apontada nos autos, e considero subsistentes os valores apurados pelo autuante, haja vista que é devido o imposto por antecipação tributária referente a quaisquer mercadorias adquiridas por farmácias, mesmo no caso de insumos destinados à manipulação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JF, o autuado interpôs Recurso Voluntário, alegando que a exigência fiscal vai de encontro ao que prescreve a legislação tributária estadual e à realidade dos fatos. Após afirmar que é uma farmácia de manipulação, assegura que não se pode falar em substituição tributária, uma vez que não se trata de produtos farmacêuticos, e sim, de matérias-primas destinadas à industrialização. Para embasar seu argumento, transcreve as ementas referentes aos Acórdãos JF nºs 2180/01 e 0225-02/02.

Repete que as mercadorias relacionadas nas notas fiscais não são produtos farmacêuticos e diz que esse fato foi desprezado pelo autuante e pelos julgadores da 3ª JF. Argumenta que, na época da ação fiscal, estava enquadrado como microempresa e tinha direito ao tratamento tributário previsto para as empresas enquadradas no regime do SimBahia. Tece considerações sobre o lançamento do crédito tributário, cita doutrina, discorre sobre o poder vinculado e, em seguida, afirma que não havia motivo para que o autuante lavrasse o Auto de Infração em lide.

Argumenta que, caso seja admitida a substituição tributária, o imposto não poderia ser exigido com base no Regime Normal. Por isso, argüiu prejudicial de validade e eficácia, para que seja apreciada e decidida com fundamentação própria e específica. Diz que lhe deveria ser aplicado o valor correspondente a sua faixa de receita bruta, pois durante o período fiscalizado encontrava-se enquadrado no regime do SimBahia. Para embasar suas alegações, salienta que o CONSEF julgou Nulo o Auto de Infração, que deixou de considerar a condição de microempresa, conforme Acórdão JF nº 0378-03/02. No mesmo sentido, cita os Acórdãos JF nºs 0387-04/03, 0458-04/02 e 0123-01/04, todos deste CONSEF. Ao finalizar, requer a improcedência do Auto de Infração.

Em Parecer acostado à fl. 319, a PGE/PROFIS afirma que as alegações recursais não são suficientes para descaracterizarem a infração, pois a legislação tributária vigente prevê a antecipação nas aquisições interestaduais efetuadas por *“farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, em se tratando de quaisquer mercadorias”*. Diz que a legislação do SimBahia, expressamente, exclui desse regime o pagamento do ICMS nas operações sujeitas à antecipação tributária. Transcreve o art. 5º, II, da Lei nº 7.357/98. Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

De acordo com os documentos de fls. 6 e 14, o recorrente está inscrito no cadastro de contribuintes como uma empresa do ramo de *“Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos – Com Manipulação de Fórmulas”* e tem como nome de fantasia *“Farmácia Sempre Viva”*.

Nessa condição de farmácia, o recorrente estava obrigado, nos termos do art. 353, § 2º, combinado com o art. 371, I, “c”, tudo do RICMS-BA, (com a redação vigente à época dos fatos geradores) a efetuar a antecipação tributária, em se tratando de quaisquer mercadorias. Como bem salientou o relator da Decisão recorrida, não há na legislação tributária qualquer exceção para os casos de produtos destinados à manipulação em farmácias. Ademais, o recorrente não é e nem está inscrito como um estabelecimento industrial.

O fato de o recorrente estar enquadrado no Regime do SimBahia não o desobriga de efetuar o pagamento do ICMS devido por antecipação tributária. O valor do imposto exigido na autuação foi corretamente apurado, pois o Regime do SimBahia não se aplica às operações sujeitas ao regime de substituição tributária, consoante o disposto no art. 5º, II, da Lei nº 7.357/98.

Por fim, ressalto que as decisões contidas nos Acórdãos citados pelo recorrente não se aplicam ao caso em lide, pois tratam de situações diversas.

Em face do comentado acima, considero que a Decisão recorrida está correta e, em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **129655.0004/04-4**, lavrado contra **EROMAR DOS SANTOS CAVALCANTE**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.529,39**, 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, 24 de novembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. PGE/PROFIS