

PROCESSO - A. I. Nº 232953.0072/06-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DERMA BEAUTY FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA. (DERMAGE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0104-03/08
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 09/07/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0199-11/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não merece censura a Decisão de primeira instância que consigna o dever de recolher o imposto antecipadamente nas aquisições internas e interestaduais de mercadorias por farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, reduzindo, ademais, o valor do imposto lançado, após as correções devidas, consoante Parecer técnico isento de vícios. Infração parcialmente subsistente. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente em parte o presente Auto de Infração, que foi lavrado em 29/12/2006, com vistas a exigir ICMS no valor de R\$28.199,85, com aplicação da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento, pelo sujeito passivo, do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação.

A JJF, inicialmente, resumiu as alegações defensivas do autuado, a saber:

- 1) O autuante deixou de registrar e tributar por antecipação diversas notas fiscais, além disso, exigiu em determinados meses o ICMS devido em período subsequente;
- 2) A fiscalização exigiu imposto por antecipação tributária relativo a notas fiscais correspondentes a folhetos demonstrativos, amostra grátis e divulgação de produtos e apurou créditos fiscais em documentos que não permitem tais créditos; e
- 3) Houve o recolhimento de parte do imposto exigido neste Auto de Infração, através da Denúncia Espontânea de nº 600.000.5287/05-0 (fls. 254/255).

Constatou que o autuante reconheceu o pagamento de parte do débito apurado, considerando descabidas as alegações defensivas quanto à cobrança do imposto referente às notas fiscais relacionadas nas folhas 302/304 cujos CFOP'S, contrapõem-se aos argumentos do autuado, pois registram mercadorias cuja finalidade é a comercialização, com exceção da Nota Fiscal de nº 26.228 de 14/09/2004, CFOP 6910, reduzindo o débito para R\$123,70.

A 3ª JJF asseverou, ainda, que o presente Auto de Infração foi submetido à diligência pela ASTEC, objetivando a elucidação dos fatos controversos, que resultou no Parecer ASTEC 193/2007, no qual a diligente comprova as alegações defensivas e que o saldo remanescente no valor de R\$123,70 foi recolhido pelo autuado conforme cópias dos DAE's às folhas 394, 402 e 411.

Prossegue, aduzindo que as mercadorias comercializadas pelas farmácias, drogarias ou casas de produto natural, estão submetidas ao pagamento do imposto por antecipação, em razão da substituição tributária subjetiva, determinada pela natureza do adquirente, independentemente do produto estar ou não enquadrado no regime de substituição tributária, conforme os artigos 61, V e 353, § 2º do RICMS-BA.

Nestes termos, foi acolhido o teor do Parecer ASTEC 193/2007, eis que constatou-se que as notas fiscais elencadas pelo autuante no demonstrativo por ele elaborado às folhas 08/14, foram incluídas na Denúncia Espontânea de nº 600.000.5287/05-0, totalizando o valor de R\$31.267,66, datada de 26/09/2005, portanto anterior à data de lavratura deste Auto de Infração.

Quanto às notas fiscais elencadas pelo autuante na sua informação fiscal através dos demonstrativos às folhas 302/304, aduz que o valor do imposto devido de R\$123,70, foi reconhecido pelo autuado, sendo recolhido por meio de DAEs conforme cópias às folhas 394, 402 e 411. Portanto, julgou parcialmente subsistente a infração imputada neste Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

| DATA DA OCORRÊNCIA | DATA VENCTO. | IMPOSTO DEVIDO |
|--------------------|--------------|----------------|
| 30/09/2004 | 09/10/2004 | 53,73 |
| 31/10/2004 | 09/11/2004 | 47,33 |
| 30/04/2005 | 09/05/2005 | 22,64 |
| TOTAL | | 123,70 |

Com essepe no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF, os autos foram remetidos a esta Câmara de Julgamento Fiscal, para apreciação e julgamento do Recurso de ofício.

VOTO

Infere-se dos autos que o autuante lançou imposto no valor total de R\$28.199,85, em razão da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, consoante a regra constante dos artigos 61, V e 353, § 2º do RICMS-BA, aplicável às farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, sendo que o autuado se enquadra na primeira dessas espécies de estabelecimento.

Como se vê, a regra de antecipação tem caráter exclusivamente subjetivo e o seu descumprimento gera, de fato, o dever de o preposto fiscal promover o lançamento de ofício, inclusive com a imposição da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

No caso dos autos, entretanto, o autuado alegou ter realizado o pagamento integral do débito lançado, mediante procedimento administrativo de denúncia espontânea, ensejando, portanto, a conversão do julgamento de primeira instância em diligência direcionada à ASTEC. Este órgão técnico, em resposta aos questionamentos formulados pelo relator de primeiro grau, consignou que *“todas as notas fiscais levantadas pelo autuante, conforme demonstrativos às fls. 8 a 15, constam na relação de débito, declarada pelo autuado, na Denúncia Espontânea nº 600.000.528/05-0, ocorrida no dia 26/09/2006, conforme documentos às fls. 311 a 391, e cópias dos DAE’s às fls. 417/419, comprovando o pagamento do imposto reclamado no Auto de Infração, lavrado em 29/12/2006”* (fls. 309/310).

Constatou, ainda, a ASTEC, que diversas notas fiscais foram tributadas em período indevido pelo autuante, discorrendo, pormenoradamente, acerca de tal irregularidade, a qual acarretou equívoco na apuração da base de cálculo, aduzindo que o contribuinte recolheu, em denúncia espontânea, o valor de R\$27.989,89.

Com relação às notas fiscais de fls. 302 a 304, afirma que o imposto total a elas relativo resulta em R\$123,70 e que o contribuinte já fez o pagamento de tal quantia, em que pese o fato de não se tratar de mercadorias destinadas à comercialização, pois consistem em meros folhetos médicos, etiquetas e amostras.

Enfim, o contribuinte, na data da autuação, já havia recolhido todo o imposto devido. As parcelas relativas às notas fiscais de fls. 302/304 também foram quitadas, após a lavratura do Auto de Infração, pois o autuante manteve-se firme na sua cobrança. Entretanto, ficou constatado pelo Órgão de assessoria técnica desta Secretaria da Fazenda que, na verdade, não se tratavam de operações tributáveis.

Ora, o pagamento feito pelo contribuinte, no particular, revela-se indevido e não pode convalidar um lançamento que se embasou em evento da vida humana que não se subsume à hipótese de incidência do tributo, podendo ser formulado o pleito de restituição, perante o órgão administrativo competente ou mesmo diante do Poder Judiciário, para reclamar a devolução da importância de R\$123,70, acrescida dos acessórios legais.

A este Conselho de Fazenda não é dado, em razão da falta de Recurso interposto pelo contribuinte ou ressalva quanto do pagamento realizado, revisar a autuação no tocante a estas parcelas, eis que só é possível o órgão julgador administrativo atuar de ofício nos casos de nulidade, e não de improcedência.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NAO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 232953.0072/06-6, lavrado contra **DERMA BEAUTY FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA. (DERMAGE)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$123,70**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS