

**PROCESSO** - A. I. N.º 298953.0001/00-4  
**RECORRENTE** - N. LANDIM COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão da 2ª JFJ n.º 0361/01.  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 18.04.02

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF N° 0110-12/02**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). FALTA DE RETENÇÃO E RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. De acordo com o Convênio 76/94 o sujeito passivo por substituição, quando inscrito no Estado da Bahia, é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS referente a operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes das mercadorias, com base no preço máximo de venda a consumidor fixado por autoridade competente. Infração caracterizada. Rejeitada a arguição de inconstitucionalidade da substituição tributária, por não ser de competência do órgão julgador no âmbito administrativo. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário da decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração n.º 298953.0001/00-4, exigindo pagamento do imposto no valor de R\$55.635,36, relativo às seguintes infrações:

1. retenção a menos de ICMS, de julho de 1998 a maio de 1999, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em operações internas com produtos farmacêuticos, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, por não ter utilizado o preço máximo de venda a consumidor publicado na tabela ABCFARMA, conforme Cláusula 2ª do Convênio ICMS n.º 76/94.
2. falta de retenção do imposto no período de julho de 1998 a maio de 1999, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes.

O julgamento da Decisão Recorrida rejeitou as preliminares de nulidade, ao detectar que o Convênio n.º 76/94 foi firmado em data anterior ao período abrangido na ação fiscal e quanto à inconstitucionalidade alegada pelo contribuinte, não pode se manifestar por ser incompetente para tal, segundo o art. 167, I, do RPAF/99.

No mérito, entendeu ser responsabilidade do contribuinte a retenção do imposto por substituição, nas operações internas subsequentes, porque inscrita regularmente no Estado da Bahia para proceder a retenção e que este Estado, juntamente com Pernambuco, são signatário do Convênio n.º 76/94.

Sobre a apuração da base de cálculo, entendeu correta a aplicação das cláusulas do citado Convênio, uma vez que restou caracterizado que o autuado deixou de utilizar os preços máximos de vendas a consumidor sugeridos pelo estabelecimento industrial, constante das tabelas de preço publicadas na Revista ABCFARMA, acrescido do MVA previsto no referido convênio.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário, preliminarmente, pedindo a nulidade do Auto de Infração por incompetência do autuante, uma vez que seu estabelecimento está situado em outro Estado da Federação e não por inconstitucionalidade da Substituição Tributária. Assim pediu o julgamento desta preliminar.

No mérito, afirmou que nada do que foi deduzido da petição de defesa foi analisado pela Decisão Recorrida, uma vez que se limitou a fazer considerações de caráter genérico.

Sobre a base de cálculo do imposto, disse que a cláusula 2ª do Convênio n.º 76/94 foi modificada pelo Convênio n.º 79/96, que estabelece a utilização do valor do preço constante de tabela sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor ou, na falta deste preço, a utilização do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Na falta destes preços, o parágrafo 1º da mesma cláusula aponta para a utilização do preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, acrescentado do valor do IPI, do frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, agregando-se uma parcela resultante da aplicação do percentual, para o caso, de 51,46%. Daí concluiu que essas bases de cálculos são aplicadas alternativamente e não cumulativamente, como fez o autuante. Demonstrou o equívoco do autuante transcrevendo o procedimento adotado para o cálculo do imposto referente a uma nota fiscal.

Assim, uma vez que o lançamento está calcado em notas fiscais de medicamentos constantes e não constantes da tabela da ABCFARMA, que não foram separados, e que, além disso, ao preço constante da Tabela foi adicionado, cumulativamente, a MVA. Pediu a produção de perícia para realização de revisão fiscal, para provar, pericialmente, o que está alegando. Entendeu que os DAEs acostados ao PAF são necessários para a comprovação de ter havido, apenas um erro formal, quando não recolheu por substituição mas por antecipação.

Ademais, disse que seguiu as normas do Decreto n.º 18.465/95 do Estado de Pernambuco, que consolidou as normas no Convênio n.º 76/94, que, no art. 2, demonstra não se aplicar o recolhimento por substituição, a partir de 03 de setembro, ao destinatário credenciado pela Diretoria de Administração Fazendária da Secretaria da Fazenda quando promover a saída da mercadoria para estabelecimento não dispensado da antecipação. Afirmou que este é o caso dos autos, porque suas filiais não estão dispensadas da antecipação.

Concluiu sua exposição interpretando a legislação sobre a matéria. Disse que a base de cálculo, inicialmente seria formada pelo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, conforme art. 18, II, “b”, da Lei n.º 11.408, com a redução de 10% prevista no art. 3º, IV, do Decreto n.º 18.477/95. Porém o art. 6º, II, “a”, parágrafo 1º da referida Lei, prevê que os descontos concedidos sob condição integram

a base de cálculo do imposto. Daí, afirmou que, no caso de superar a redução de 10%, se os descontos concedidos forem incondicionais, o art. 19, II, da Lei n.º 11.408/96 assegura ao contribuinte substituto a restituição parcial do imposto pago por força da substituição.

Por fim, pediu a nulidade da Decisão Recorrida, por cerceamento de defesa, por incompetência do autuante, ou o deferimento da perícia, ou a improcedência do Auto de Infração.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Improvimento do Recurso apresentado. Rejeitou as preliminares de nulidade suscitada porque o Convênio é norma interestadual e foi ratificado pelo Estado e Pernambuco, e também rejeitou a inconstitucionalidade, por ser o CONSEF incompetente para se manifestar sobre a mesma. No mérito, citou a disposição do Convênio n.º 76/94, que estabelece como base de cálculo para o fato gerador em questão o preço sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste, o valor do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Entendeu que a Portaria Ministerial n.º 37/92 elevou as listas de preço fornecidas pelas indústrias e publicadas na ABCFARMA à categoria de preço sugerido pelo órgão competente, porque segundo o parágrafo 1º da referida Portaria, limita a margem de comercialização. Daí, concluiu que o argumento de que esses preços são meras sugestões não procedem.

Na assentada de julgamento, o PAF foi convertido em diligência para que o autuante juntasse as tabelas da ABCFARMA referentes ao período fiscalizado.

O autuante apresentou as tabelas requeridas.

A PROFAZ manteve seu parecer uma vez que a diligência não apresentou evidências necessárias à modificação do entendimento da Decisão Recorrida, até porque o recorrente foi intimado para se manifestar sobre a mesma e não o fez.

## **VOTO**

Acompanho o opinativo da PROFAZ, para não conceder Provimento ao Recurso apresentado, albergando-me no seu argumento quanto à inconstitucionalidade suscitada pelo recorrente e entendo que está correta a Decisão Recorrida, quando afastou as preliminares de nulidade trazidas na impugnação, renovadas no presente Recurso e rejeitadas pela Douta Procuradora, em seu Parecer às fls. 1865/6, que ora ratifico. Verifico ainda que por força de Convênio assinado entre o Estado da Bahia e de Pernambuco, o autuante é competente para a lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto ao mérito, também concordo com o julgamento prolatado pela 2ª JJF, posto que a autuação teve por base o disposto na Cláusula Segunda do Convênio n.º 76/94, porquanto o recorrente não se utilizou dos preços máximos de venda sugerido ao público, publicados na revista ABCFARMA, anexada a este PAF ou, quando da falta desses preços, não aplicou a MVA na forma prevista no parágrafo 1º no dispositivo retro citado, ocorrendo, assim, retenção a menos do imposto.

O recorrente alega que o autuante aplicou cumulativamente o percentual do MVA – 51,46% - sobre os preços máximos constantes da tabela ABCFARMA e aduz que o lançamento cobre notas fiscais com medicamentos fora daquela lista.

O Convênio estabelece uma base de cálculo alternativa, preço sugerido pelo órgão competente para venda ao consumidor final que seria aquele publicado na revista dos fabricantes e na falta deste, o valor correspondente, aplicando-se a MVA sobre o preço de venda do fabricante mais IPI, seguro, frete e outras despesas.

Assim procedeu o autuante e, conseqüentemente, está correto o seu levantamento.

Quanto aos DAE's trazidos à colação pela Defesa, entendo também certa a decisão da JJF, uma vez que tratando-se de recolhimentos efetuados por estabelecimentos filiais do contribuinte localizados neste Estado e não sendo possível estabelecer correlação com as mercadorias objeto desta autuação, não podem ser considerados como a prova da antecipação tributária respectiva.

Foi realizada diligência, pela qual se juntou tabelas requeridas na assentada de julgamento e se confirmou que realmente o imposto incidente sobre os produtos objeto da autuação foi recolhido a menor.

Voto, pois, pelo IMPROVIMENTO do Recurso apresentado.

#### **RESOLUÇÃO:**

**ACORDAM** os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração **n.º 298953.0001/00-4**, lavrado contra **N. LANDIM COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.635,36**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, II, "e", da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFUZ