

A. I. N º - 206930.0010/01-8  
AUTUADO - ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.  
AUTUANTES - NIWTON DE BARROS MACEDO e OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA  
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO  
INTERNET - 29.05.02

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0169-02/02**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. A base de cálculo para fins de retenção do imposto deve ser o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído, sugerido pelo fabricante. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/01, exige o valor de R\$ 55.282,14, relativo ao período de maio a novembro de 1996, em razão da constatação de medicamentos, enquadrados na substituição tributária, com o recolhimento do ICMS feito a menor pelo contribuinte substituto, em virtude da não utilização do Preço Máximo de Venda a Consumidor, publicado na revista ABCFARMA, conforme demonstrativo de fls. 6 a 119 dos autos, sendo a empresa intimada a recolher o imposto relativo ao período de maio/96 a outubro/97, contudo, só o fazendo relativo aos meses de dezembro/96 a outubro/97.

O autuado, através de seus advogados legalmente constituídos, apresentam impugnação ao Auto de Infração, às fls. 122 a 136 dos autos, onde argüi, preliminarmente, que os valores exigidos já estão atingidos pelo instituto da decadência, uma vez que a Fazenda não se manifestou durante o lapso temporal de cinco anos, contados da data da ocorrência do fato imponível, acarretando a homologação tácita e, consequentemente, extinguindo a obrigação tributária. Aduz que a ação fiscal teve início em 03 de dezembro de 2001, assim, todos os valores de junho à novembro de 1996 foram atingidos pela decadência, tendo em vista que a legislação prevê a possibilidade de lançamento somente até cinco anos contados do fato jurídico tributário, que no caso do ICMS é mensal.

Em seguida, alega que não poderia o fisco exigir o adimplemento destes valores, já que a competência, conferida pelos artigos 89 e 90 do RICMS/97, à autoridade administrativa limita-se ao dever de homologar o pagamento, cabendo exclusivamente ao contribuinte constituir o crédito tributário, do que entende que ocorreu vício insanável. Cita doutrina e o § 4º do art. 150 do CTN, o qual determina o termo inicial a ser observado para o decurso do prazo de homologação de tal tributo e não o previsto no art. 90 do RICMS/97.

Posteriormente, argüi a impossibilidade de imposição tributária por meio de Convênios dada a ausência de apreciação pelo Poder Legislativo, pois não basta a anuência de todos os Secretários da Fazenda com relação às inovações pretendidas na esfera do ICMS, posto que a Constituição não conferiu ao Poder Executivo a competência para legislar, cujas competências tributárias são indelegáveis. Cita doutrina e Lei Complementar 24/75. Assim, por não haver a indicação do

dispositivo estadual que regula a substituição tributária, entende que ocorreu cerceamento de defesa da impugnante.

Também aduz ser inconstitucional a substituição tributária “para frente”, o qual sustenta-se num “fato gerador presumido”, cuja Emenda Constitucional 3/93, que introduziu o §7º ao art. 150 da CF, não dá o condão de “constitucionalizar aquilo que já era incompatível com o Texto Constitucional”. Por fim, alega a inaplicabilidade da norma tributária a fatos pretéritos, uma vez que as supostas infrações foram cometidas nos períodos de 06/96 a 12/96, estando os dispositivos legais aplicados contidos no RICMS/97, como também à aplicação de taxas e acréscimos moratórios aos débitos tributários. Por todo exposto, pede que o Auto de Infração seja julgado nulo.

Os autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 157 a 161, mantêm integralmente a ação fiscal, sob justificativa de que o Auto de Infração fora lavrado em 18/12/01, estando dentro do período legal para constituição do crédito tributário relativo ao exercício de 1996, nos termos do art. 965 do RICMS/BA.

Quanto às alegações sobre a impossibilidade de imposição tributária por meio de Convênios, em razão da ausência de apreciação do Poder Legislativo, e a inconstitucionalidade do regime de substituição tributária, entendem os autuantes não ser o tribunal administrativo o fórum adequado para apreciação de matérias afetadas ao Poder Judiciário. Acerca da aplicação da taxa SELIC como acréscimos moratórios aos débitos tributários a partir de janeiro de 2001, aduzem que a lei tributária retroage para regular fatos pretéritos desde que lhe comine penalidade menos severa do que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Assim, no que concerne às multas consideram inequívoco esse entendimento. No tocante aos acréscimos moratórios, concluem que a aplicação da lei nova não corresponde tecnicamente à retroatividade, pois a regra a ser obedecida é a da lei vigente ao tempo do efetivo recolhimento do débito.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 18/12/01, para exigir a substituição tributária de medicamentos, feito a menos pelo contribuinte substituto, relativo ao período de maio a novembro de 1996, em virtude da não utilização do Preço Máximo de Venda a Consumidor, publicado na revista ABCFARMA, conforme demonstrativo de fls. 6 a 119 dos autos.

Inicialmente, constato que não ocorreu a alegada decadência do direito da fazenda pública constituir o crédito tributário, o qual extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante art. 965 do RICMS, aprovado pelo Dec. 6.284/97, cujo teor é uma reprodução do art. 173 do CTN. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 18/12/2001, para se exigir lançamentos relativos ao exercício de 1996, não havia operado a decadência.

Da análise das razões de defesa, observa-se que as mesmas restringem-se tão somente a aspectos formais e legais, não adentrando no mérito da questão que é a precariedade da substituição tributária. Portanto é válido ressaltar que a substituição foi procedida, só que em valor aquém do desejado pelo fisco.

Assim, se o próprio contribuinte pratica, ainda que de forma superficial, a retenção e o recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, prevista no Convênio ICMS 76/94, relativo ao período de maio/96 a outubro/97, período em que o Estado de São Paulo era signatário do referido convênio, além do fato de que quando intimado a recolher o imposto o fez inerente ao período de

dezembro/96 a outubro/97, razão da lavratura do Auto de Infração se restringir apenas aos meses de maio a novembro/96, tornam-se insustentáveis e contraditórias suas arguições de que: o fisco não tem competência para constituir o crédito tributário; os Convênios, dada a ausência de apreciação pelo Poder Legislativo, não podem impor tributos e de que a substituição tributária “para frente” é inconstitucional, por sustentar-se num “fato gerador presumido”. E tornam-se insustentáveis e contraditórias suas arguições uma vez que o contribuinte vinha recolhendo o imposto só que a menos do que o devido.

Assim, verificada a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para sua prática, ou dela se beneficiarem, sendo o Auto de Infração lavrado para exigência de tributos, acréscimos tributários e multas, sempre que, mediante ação fiscal for constatada infração à legislação tributária, cuja lavratura é de competência privativa dos Auditores Fiscais, conforme preceituam os artigos 38 e 42 do RPAF, aprovado pelo Dec. n. 7.629/99. Assim, é descabida a assertiva do contribuinte de que “...não há qualquer previsão que autorize o fisco a efetuar lançamento do crédito tributário, pois essa atribuição é exclusiva do contribuinte.”.

Quanto as questões da impossibilidade de imposição tributária por meio de convênios e da inconstitucionalidade da substituição tributária, não devem ser apreciadas por não se incluírem na competência dos órgãos julgadores, nos termos do art. 167 do RPAF.

No tocante à alegação de cerceamento de defesa por não haver a indicação do dispositivo estadual que regula a substituição tributária, a mesma é totalmente descabível, pois consta no Auto de Infração, como enquadramento legal, dispositivos do Convênio ICMS 76/94, os quais dispõem sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, de forma cristalina e inteligível, sendo que tal norma se sobrepõe à legislação estadual. Assim, também ficou refutado o argumento de defesa da inaplicabilidade da norma tributária a fatos pretéritos.

Do exposto, voto o Auto de Infração **PROCEDENTE**, após a rejeição das preliminares de nulidade do Auto de Infração, por não ter o contribuinte adentrado no mérito.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206930.0010/01-8, lavrado contra **ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 55.282,14**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, II, “d”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR