

**A. I. N°** - 206844.0001/01-3  
**AUTUADO** - WINDSON PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS LTDA.  
**AUTUANTES** - JOSÉ AUGUSTO DOS SANTOS e JOÃO LAURENTINO DE MAGALHÃES FILHO  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 01.11.02

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0394-02/02**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS) A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. RETENÇÃO A MENOS DO ICMS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. 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 à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes das mercadorias. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 22/05/2001, exige o valor de R\$ 34.168,80, mais a multa de 60%, sob acusação de retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias (medicamentos) realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme demonstrativos às fls. 12 a 41.

Foram dadas como infringidas as Cláusulas Segunda, Terceira e Quarta do Convênio ICMS nº 76/94 e alterações posteriores, com aplicação da multa prevista no artigo 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Em 07/06/2001 o autuado foi intimado a apresentar defesa, conforme Intimação expedida pela INFAZ Simões Filho e AR devidamente assinado (docs. fls. 329 e 330).

Em 16/07/2001 foi lavrado o Termo de Revelia (doc. fl. 332) em razão do contribuinte ter deixado transcorrer o prazo de 30 (trinta) dias da data da ciência, sem apresentar defesa fiscal ou efetuar o pagamento do débito, sendo o processo encaminhado para Procuradoria da Fazenda e inscrito na Dívida Ativa em 31/10/2001, conforme Certidão nº 04442-17-1698/01 (doc. fl. 345).

Às fls. 352 a 356 consta que o autuado, através de advogado legalmente constituído, protocolou recurso defensivo diretamente à Secretaria da Fazenda de Pouso Alegre-MG, sendo, por esse motivo, cancelada a inscrição na dívida ativa e dado trâmite normal ao processo.

Na defesa fiscal, o sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, aduz que a conclusão levada a efeito pelos autuantes não procede, sob o argumento de que os preços constantes nas notas fiscais que serviram de base a autuação correspondem com os valores reais praticados com descontos. Considera injusta a cobrança do imposto com base em uma das revistas especializadas no setor de medicamentos, pois ao eleger tal revista é estipular base de cálculo fictícia, o que determina a restituição nos termos do § 7º do art.150 da CF/88. Citou a jurisprudência

no âmbito do poder judiciário sobre confisco tributário, e Súmula 06 do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais sobre a não integração na base de cálculo da substituição tributária dos descontos concedidos.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes em sua informação fiscal às fls. 366 a 368, preliminarmente salientam que “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da legitimidade da autuação fiscal”.

Em seguida esclarecem que foram obedecidas como premissas na lavratura do Auto de Infração, o fato de que os Estados da Bahia e Minas Gerais à época do lançamento eram signatários do Convênio ICMS 76/94 que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com medicamentos.

Dizem que o estabelecimento autuado na qualidade de contribuinte regularmente inscrito no cadastro fazendário do Estado, na condição de substituto tributário está subordinado às normas dispostas no aludido Convênio.

Esclarecem que a base de cálculo do ICMS Substituição Tributária foi determinada com base nas listas de preços praticados, fornecidos pelo fabricante, na forma estabelecida no § 1º do artigo 2º da Portaria 37/92 da SUNAB, tomando como parâmetro o preço unitário constante das tabelas de preços divulgadas por revistas especializadas no setor de medicamentos, e em alguns produtos, em virtude de não constar os preços na aludida revista foi adotado o preço praticado acrescido da margem de 60,07%.

Os autuante acostaram à sua informação fiscal cópias de diversos julgamentos no âmbito do CONSEF relativos a retenção a menos na substituição tributária interestadual, todos pela procedência das autuações fiscais.

O autuado foi intimado pela repartição fazendária a tomar ciência dos novos elementos anexados à informação fiscal, conforme documentos às fls. 421 a 422, não tendo se pronunciado a respeito.

## **VOTO**

Na análise das peças processuais verifica-se que o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir do autuado na condição de contribuinte substituto inscrito neste Estado, a diferença do imposto, por substituição tributária, correspondente a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias (medicamentos) realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O débito encontra-se devidamente demonstrado às fls. 12 a 41, com base no preço máximo de venda a consumidor publicado em revistas especializadas no setor farmacêutico, a exemplo da Revista ABC FARMA, e nos casos em que o produto não constava da referida revista, o preço foi calculado com base no preço praticado acrescido da margem de 60,07%, em cujos demonstrativos encontram-se a discriminação analítica dos valores do preço máximo ao consumidor de cada produto constante na nota fiscal, os valores do ICMS Substituição e o ICMS retido.

O autuado, ao defender-se, aduziu ilegalidade da base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, com base nos preços máximos de venda a consumidor publicados em uma das

revistas especializadas no setor de medicamentos, por considerar tais preços fictícios em virtude dos preços constantes nas notas fiscais terem sido praticados com descontos.

Estando na data do lançamento o estabelecimento autuado inscrito regularmente no Estado da Bahia, na qualidade de contribuinte substituto, aderiu às normas do Convênio ICMS 76/94, obrigando-se a proceder a retenção do ICMS quando da venda de seus produtos a contribuintes localizados neste Estado.

Assim sendo, com relação a base de cálculo para determinação da exigência fiscal, observo o acerto da ação fiscal, tendo em vista que foi dado estrito cumprimento ao disposto na Cláusula Segunda do Convênio 76/94, haja vista que foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, constante das tabelas de preços publicadas na Revista ABC FARMA, e em alguns casos em razão da não divulgação na referida revista foi utilizado o preço praticado acrescido da margem de 60,07%. Desse modo, considero que não há qualquer ilegalidade na base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, pois a mesma foi calculada corretamente de acordo com o Convênio nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA., qual seja, sobre “.....o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente”, como aliás, nestes casos é a jurisprudência reinante nos órgãos julgadores do CONSEF.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206844.0001/01-3**, lavrado contra **WINDSON PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 34.168,80**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR