

A. I. N° - 08635242/03
AUTUADO - MS FARMA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - NORMANDO COSTA CORREIA
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 30. 09. 2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0377-04/03

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Em face de o Regime Especial concedido ter sido cassado pela SEFAZ, cuja ciência foi dada a empresa antes da ação fiscal, o imposto devido sobre a operação deveria ter sido recolhido no momento do ingresso das mercadorias no território deste Estado. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/04/2003, exige ICMS no valor de R\$905,72, em razão da falta de recolhimento da antecipação tributária na primeira repartição fazendária do percurso das mercadorias neste Estado, em face da aquisição, em outro estado, de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa, fls. 73 a 86 dos autos transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como citou os dispositivos do RICMS/97 tidos como infringidos pelo autuante e da multa aplicada, com base na Lei nº 7014/96.

Em seguida, reproduziu o teor do art. 2º, do RPAF/99 e teceu comentários a respeito do seu alcance.

Sobre a autuação, aduz que ação fiscal é nula, arbitrária e abusiva, uma vez que a empresa possuía Regime Especial para o recolhimento do imposto até o quinto dia do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, fato desconsiderado pelo autuante.

Salienta que até o momento a empresa não foi regularmente cientificada da cassação do Regime Especial, conforme previsto no parágrafo 4º, do art. 908, do RICMS/BA. Transcreve o teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, além de decisão do CONSEF, que julgou nulo Auto de Infração lavrado e requer a nulidade absoluta do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, alega ser improcedente o Auto de Infração, haja vista que a base de cálculo utilizada pelo autuante não encontra amparo legal, afrontando nitidamente o princípio da legalidade. De acordo com o autuado, o Convênio 76/94, o qual regula o instituto da substituição tributária nas operações de vendas de produtos farmacêuticos, estabelece por exclusão três hipóteses de incidência do ICMS para determinação da base de cálculo, oportunidade em que transcreveu o teor das alíneas “a”, “b” e “c” da cláusula segunda do referido convênio. Segundo o autuado, inexistente preço fixado pela autoridade competente, além do que não há qualquer comprovação de que a empresa tenha publicado ou divulgado seus preços em revistas ou que a mesma tenha sugerido ao público por quaisquer meio os preços dos seus medicamentos. Diz que procedeu na forma prevista no parágrafo

1º, da cláusula segunda do convênio acima citado, motivo pelo qual não pode prosperar a exigência fiscal. Transcreve diversas decisões do CONSEF, que julgou improcedentes Auto de Infração lavrados com o mesmo fundamento da presente autuação, além de reproduzir a cláusula segunda, seu parágrafo 1º, do Convênio 76/94, bem como do Parecer da Diretoria de Tributação da SEFAZ, através do qual foi modificado entendimento anteriormente esposado quanto à base de cálculo a ser adotada pelo consulente no regime especial concedido, em apoio ao seu argumento.

Ao concluir, requer que o CONSEF julgue procedente o seu pedido, para decretar a nulidade da autuação, no caso de ser acolhida a preliminar, ou no mérito, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal, fl. 97 dos autos, aduziu que as circunstâncias materiais que envolveram o ilícito fiscal estão descritos no Termo de Ocorrência, o qual fundamentou o Auto de Infração.

Segundo o autuante, a empresa encontra-se com o Regime Especial cancelado, portanto, o pagamento do imposto por antecipação tributária teria que ocorrer na primeira repartição fazendária do percurso, pelo que confirma a autuação.

Em nova manifestação às fls. 102 a 105 o autuado, após transcrever os termos da acusação fiscal, disse que o autuante em sua informação fiscal, apenas ratificou o lançamento fiscal, sob o argumento de que o Regime Especial concedido à empresa encontrava-se cassado, situação que autoriza a cobrança do imposto por antecipação tributária.

Repete argumentos já esposados em sua impugnação inicial ao lançamento e, ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou “ad argumentandum tantum”, no mérito, que seja o mesmo julgado improcedente.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido convertê-lo em diligência a INFAZ de origem, para atender o solicitado à fl. 111.

Como não foi atendida em sua totalidade a solicitação, decidiu mais uma vez a 4ª JJF converter o PAF em diligência a Secretaria do CONSEF, para fornecer cópia ao autuado do documento de fl. 115, através do qual o mesmo tomou conhecimento da cassação do Regime Especial concedido pela SEFAZ e estipular o prazo de dez dias, para se manifestar, caso seja do seu interesse.

Regularmente intimado através do Ofício nº 0312/03 do CONSEF (fl. 121), o autuado recebeu cópia do documento de fl. 15, oportunidade em que foi concedido o prazo de dez dias para sobre ele se manifestar, no entanto, silenciou a respeito.

VOTO

O fundamento da autuação foi em razão do autuado não haver efetuado o recolhimento do ICMS por antecipação tributária na primeira repartição fazendária do percurso das mercadorias neste Estado.

Para instruir a ação fiscal, foi anexado aos autos pelo autuante às fls. 2 a 5, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 105931, as cópias das notas fiscais de aquisições das mercadorias e do demonstrativo da apuração do imposto sobre a operação.

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a empresa foi regularmente notificada da cassação do seu Regime Especial em 17/03/2003, conforme documento à fl. 115, ou seja, antes da presente autuação, ocorrida em 22/04/2003. Desse modo, o autuado teria que fazer a antecipação do imposto sobre as mercadorias adquiridas no momento do seu ingresso no território deste Estado.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, constata-se razão não assistir ao autuado, pelos seguintes motivos:

I - Ao se defender da acusação, o autuado questionou a base de cálculo aplicada na apuração do imposto, pois, no seu entendimento, deveria ter sido adotado o previsto no § 2º da Cláusula 2ª do Convênio ICMS Nº 76/94, o que não concordo. Para melhor entendimento da questão, transcrevo a Cláusula Segunda do citado Convênio, a qual determina a forma de apuração da base de cálculo:

Cláusula segunda: A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor final e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

§ 1º: Inexistindo o valor de que trata o “caput”, a base de cálculo será obtida, tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas a seguir apresentadas:

No caso desta autuação, observei pelos documentos de fls. 09 e 10 (Revista da ABCFARMA) comprovam a existência, para as mercadorias arroladas na ação fiscal de preço máximo de venda a consumidor final sugerido pelo fabricante (Laboratório Globo Ltda.). Dessa forma, a base de cálculo do imposto devido por antecipação tributária é a prevista no *caput* da Cláusula segunda do Convênio ICMS Nº 76/94. Somente se esse preço não existisse é que se utilizaria o disposto no § 1º da Cláusula segunda do referido Convênio, como pleiteia o autuado.

Quanto aos Acórdãos citados pelo autuado, entendo que os mesmos não refletem o posicionamento deste CONSEF sobre a questão. Além disso, são decisões de primeira instância e que foram modificadas pela instância superior, conforme Acórdãos CJF Nº 0281/00, CJF Nº 0193/00 e CS 2088/00. Do mesmo modo, o Parecer da Diretoria de Tributação citado pelo autuado não se aplica ao caso em lide, pois trata de concessão de regime especial, situação diferente da que se encontra em lide.

Com base na explanação acima, considero correta a exigência fiscal e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **08635242/03**, lavrado contra **MS FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$905,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR