

A. I. Nº - 269102.0054/03-6
AUTUADO - L. RIBEIRO COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - OSVALDO SILVA GIACHERO
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 15.04.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0112-02/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE RETENÇÃO E RETENÇÃO A MENOS. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, de acordo com a Portaria nº 270/93 alterada pela Portaria 141/94, é devido, pelo adquirente da mercadoria, o pagamento do imposto por antecipação na entrada no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. Rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 16/12/2003, para exigência de ICMS no valor de R\$60.549,33, em decorrência dos fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$3.418,06, correspondente às aquisições de medicamentos provenientes de outras Unidades da Federação e relacionados nos Anexos 69 e 88, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2001, através das notas fiscais relacionadas às fls. 11 e 12.
2. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$57.131,27, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras Unidades da Federação, nos períodos de janeiro a outubro de 2000, janeiro a junho e agosto a dezembro de 2001, e relacionados nos Anexos 69 e 88, conforme demonstrativos e notas fiscais às fls. 17 a 165, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, com base no preço máximo ao consumidor publicado mensalmente pela ABCFARMA.

Foram dados como infringidos os artigos 371, I, “a”, 125, I, “a”, combinado com o artigo 61, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, com aplicação da multa prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo em seu recurso às fls. 173 a 177, refuta integralmente a exigência fiscal fundamentado no argumento do não cabimento da exigência fiscal do ICMS por substituição tributária, e da inaplicabilidade do artigo 371, por entender que o imposto somente seria cabível no caso de não haver convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto.

Assevera, com fulcro no que dispõe a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, do qual o Estado da Bahia é signatário, e no artigo 373, do RICMS/97, que no caso das aquisições em outras unidades

da Federação que eram signatárias do citado Convênio de ICMS, não é cabível a exigência do imposto por substituição tributária, pois, a responsabilidade pelo pagamento por antecipação é da empresa remetente da mercadoria.

Além disso, invoca o artigo 353, II, 13, do RICMS/97, para evidenciar que sendo a atividade do estabelecimento autuado de comércio de medicamentos, realizou várias operações de venda a hospitais e órgão da Administração Pública, conforme cópias de notas fiscais juntada ao seu recurso (docs. fls. 178 e 188), e por isso, seria credor do imposto nos termos do § 6º do artigo 359 combinado com o artigo 507, incisos I, II, III e IV e § 1º, todos do citado Regulamento.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal à fl. 191 o autuante esclarece que no caso da primeira infração o débito foi apurado com base nas notas fiscais do CFAMT, ressaltando que a antecipação tributária é devida por se tratar de medicamentos oriundos de Estado não signatário de convênio, e por não serem apresentados os comprovantes de recolhimento.

Quanto a segunda infração, o preposto fiscal chama a atenção que o autuado invocou o artigo 371 do RICMS/97, porém não observou que o Estado de São Paulo, de onde são oriundas as mercadorias, nos anos de 2000 e 2001 não mais era signatário de convênio para antecipação do imposto, ressaltando que o contribuinte na verdade está discutindo é a base de cálculo da antecipação tributária, pois efetuou o recolhimento a menos nas operações objeto da autuação com base na aplicação da MVA, quando entende que esta só se aplica no caso da falta de fixação de preço determinado ou sugerido pelo fabricante. Diz que foram utilizados os preços da tabela da ABCFARMA da época da aquisição, e subtraídas as parcelas antecipadas através de DAE ou GNR.

O autuante concordou que o estabelecimento nas operações que realizou com hospitais e órgão público tem direito a utilizar do previsto no § 6º do artigo 359 do RICMS/97, mas a sua pretensão deve ser mediante requerimento junto à Gerência de Substituição Tributária, e que não lhe cabe ações tributárias compensatórias.

Conclui pela manutenção integral da autuação.

VOTO

Na análise das peças processuais verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir, da empresa adquirente, estabelecida no Estado da Bahia, a antecipação efetuada a menos, na aquisição de mercadorias (medicamentos) provenientes de outra Unidade da Federação (São Paulo), em virtude de erro na determinação da base de cálculo, com base no preço máximo de venda a consumidor publicado na Revista ABC FARMA, além da falta de antecipação em algumas operações realizadas que foram detectadas através de notas fiscais capturadas no CFAMT, tudo conforme notas fiscais e demonstrativos às fls. 11 a 165 dos autos.

O débito das duas infrações encontra-se devidamente demonstrado nos autos, com a indicação da base de cálculo dos itens por preço máximo de venda para fins de substituição tributária, a alíquota aplicada, a dedução do ICMS normal destacado na nota fiscal e do ICMS substituído, resultando nas diferenças lançadas no Auto de Infração.

Pelos argumentos defensivos, noto que o autuado sustenta o não cabimento da exigência fiscal do ICMS por substituição tributária nas operações objeto da lide, deixando a entender que não pode figurar no pólo passivo da obrigação tributária, argumentando que a responsabilidade é do remetente das mercadorias, visto que o mesmo está situado em outra Unidade da Federação signatária de Convênio ICMS substituição interestadual.

Sobre a questão da alegada ilegitimidade passiva da obrigação tributária, verifico que o contribuinte autuado discute a sua condição de sujeito passivo por substituição, nas aquisições em outras Unidades da Federação, e conseqüentemente, a sua obrigação em efetuar a antecipação do imposto das mercadorias objeto da autuação, entendendo que a responsabilidade tributária é do remetente das mercadorias.

Pelos que consta das notas fiscais que serviram de base à autuação, todas as mercadorias tratam-se de medicamentos, e, portanto, estão enquadradas no regime de substituição tributária, e são originárias do Estado de São Paulo, o qual, deixou de ser signatário do Convênio 76/94 e posteriores, desde 01/01/97 e 01/09/00, respectivamente. Portanto, não assiste razão ao autuado no sentido de que a responsabilidade tributária por substituição seria do remetente, visto que, em se tratando de aquisições interestaduais de medicamentos, e considerando que o Estado do qual originaram as mercadorias, na data da ocorrência, não mais era signatário do Convênio ICMS 76/94, é de inteira responsabilidade do estabelecimento autuado o pagamento do imposto, na condição de adquirente das mercadorias, por antecipação na entrada, no território deste Estado, na fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria, na forma estabelecida na Portaria nº 270/93 alterada pela Portaria nº 141/94. Além do mais, verifico que no caso da infração 02, foi esclarecido pelo autuante que o autuado recolheu a antecipação tributária, porém o fez em valor a menos do que o devido.

Com relação à base de cálculo para determinação da exigência fiscal das duas infrações apontadas, embora o sujeito passivo não tenha feito qualquer referência a ela, 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. Assim, inexistente qualquer ilegalidade da 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”.

Quanto a pretensão do contribuinte autuado de utilizar os benefícios da norma do artigo 353, II, 13, do RICMS/97, por ter realizado operações de venda a hospitais e órgão da Administração Pública, entendo que a mesma não pode ser acatada neste processo, pois de acordo com o §6º do artigo 359 do RICMS/97, *in verbis* : “Nas operações com produtos farmacêuticos e demais produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353, realizadas por estabelecimentos atacadistas ou distribuidor com destino a hospitais, clínicas, ambulatórios, prontos-socorros, casas de saúde e congêneres, assim como para órgão da administração pública federal, estadual ou municipal, tendo o imposto a eles relativo sido retido ou antecipado na operação imediatamente anterior, o contribuinte poderá requerer regime especial visando a recuperar a parcela do imposto retido que tiver realizado, proporcionalmente às quantidades saídas, devendo essa recuperação ser documentada em Nota Fiscal emitida especialmente nesse sentido”. Portanto, por depender de regime especial, o pleito do contribuinte deve ser formulado mediante requerimento junto à Gerência de Substituição Tributária.

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 **269102.0054/03-6**, lavrado contra **L. RIBEIRO COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 60.549,33**, sendo R\$ 25.412,89, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$ 35.136,44, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da citada lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR