

PROCESSO - A. I. Nº 206949.0006/03-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A
RECORRIDOS - MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0295-02/04
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 15/09/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0307-11/05

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RETENÇÃO A MENOS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. O contribuinte autuado está situado em outra unidade da Federação, e está inscrito regularmente na SEFAZ/BA, na condição de substituto tributário, conforme Parecer GETRI nº 1082/93, ficando obrigado ao cumprimento dos Convênios e Protocolos firmados entre o Estado da Bahia e Minas Gerais e a Portaria nº 270/93, nas operações realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia das mercadorias elencadas na Portaria nº 270/93 e subordinadas ao Regime Especial, Processo nº 501.202/93. Reduzido o débito em razão de erro na sua apuração. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, e Recurso de Ofício apresentado pela 2ª JJF contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela para exigir o crédito tributário, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, em vários meses do período de janeiro de 1999 a 31 de dezembro de 2002, relativamente aos produtos elencados na Portaria nº 270, de 22/6/93, subordinadas ao REGIME ESPECIAL, Processo nº 501.202/93 e Parecer GETRI nº 1082/93, conforme demonstrativos às fls. 86 a 422.
2. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 10/92 (CERVEJAS, REFRIGERANTES E CHOPES).
3. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 02/72 (FARINHA DE TRIGO).
4. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Convênio ICMS Nº 03/99 (COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES).
5. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Convênio ICMS Nº 76/94 (MEDICAMENTOS).
6. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados na Portaria nº 270, de 22/6/93 (PRODUTOS FARMACÊUTICOS MEDICINAIS, SOROS E VACINAS, DE USO NÃO VETERINÁRIO,

- ABSORVENTES HIGIÊNICOS E FRALDAS, MAMADEIRAS, GAZE, ALGODÃO, ATADURA, ESPARADAPO, PRESERVATIVOS, SERINGAS, ESCOVAS E PASTAS DENTRIFÍCIAS), subordinadas ao REGIME ESPECIAL, Processo nº 501.202/93 e Parecer GETRI nº 1082/93.
7. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Convênio ICMS Nº 74/94 (TINTAS E VERNIZES).
 8. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 19/85 (DISCOS E FITAS).
 9. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 15/85 (FILMES E SLIDES).
 10. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 16/85 (LÂMINAS E ISQUEIROS).
 11. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 17/85 (LÂMPADAS ELÉTRICAS).
 12. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 18/85 (PILHAS E BATERIAS ELÉTRICAS).
 13. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 21/91 (AÇÚCAR DE CANA).
 14. Idem, idem, relativamente aos produtos sorvete, casquinhas, coberturas, copos ou copinhos, palitos, pazinhas, taças, recipientes, xaropes e outros produtos destinados a integrar ou acondicionar o sorvete, elencados no Protocolo ICMS Nº 45/91 (SORVETE).
 15. Procede a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, durante vários meses do período de janeiro de 1999 a dezembro de 2002, relativamente aos produtos elencados na Portaria Nº 270, de 22/6/93, subordinadas ao REGIME ESPECIAL, Processo nº 501.202/93 e Parecer GETRI nº 1082/93.
 16. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 10/92 (CERVEJAS, REFRIGERANTES E CHOPES).
 17. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 02/72 (FARINHA DE TRIGO).
 18. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Convênio ICMS Nº 03/99 (COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES).
 19. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Convênio ICMS Nº 76/94 (MEDICAMENTOS).
 20. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados na Portaria Nº 270, de 22/6/93 (PRODUTOS FARMACÊUTICOS MEDICINAIS, INCLUSIVE DERIVADOS DE PLANTAS, SOROS E VACINAS, DE USO NÃO VETERINÁRIO, ABSORVENTES HIGIÊNICOS E FRALDAS, MAMADEIRAS, GAZE, ALGODÃO, ATADURA, ESPARADAPO, PRESERVATIVOS, SERINGAS, ESCOVAS E PASTAS DENTRIFÍCIAS), subordinadas ao REGIME ESPECIAL, Processo nº 501.202/93 e Parecer GETRI nº 1082/93.
 21. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Convênio ICMS Nº 74/94 (TINTAS E VERNIZES).
 22. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 19/85 (DISCOS E FITAS).
 23. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 15/85 (FILMES E SLIDES).

24. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 16/85 (LÂMINAS E ISQUEIROS).
25. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 17/85 (LÂMPADAS ELÉTRICAS).
26. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 18/85 (PILHAS E BATERIAS ELÉTRICAS).
27. Idem, idem, relativamente aos produtos sorvete, casquinhas, coberturas, copos ou copinhos, palitos, pazinhas, taças, recipientes, xaropes e outros produtos destinados a integrar ou acondicionar o sorvete, elencados no Protocolo ICMS Nº 45/91 (SORVETE).
28. Idem, idem, relativamente aos produtos elencados no Protocolo ICMS Nº 21/91 (AÇÚCAR DE CANA).

Sustenta a Decisão da 2ª JJF, ora recorrida:

- na lavratura do Auto de Infração foi obedecido o disposto no inciso V do artigo 39 do RPAF/99, pois o trabalho fiscal está fundamentado em levantamentos analíticos e auto-explicativos baseados em arquivos magnéticos, encontrando-se indicados os dispositivos do RICMS/BA vigentes na data dos fatos geradores tidos como infringidos, inclusive os Protocolos e Convênios celebrados entre o Estado da Bahia e Minas Gerais, relativamente a cada infração, e se acaso tivessem sido indicados erroneamente, não haveria como caracterizar o lançamento tributário como impreciso, haja vista que pela descrição dos fatos verifica-se que ela permite o perfeito entendimento das acusações fiscais, possibilitando o contraditório, e conforme previsto no § 1º, do artigo 28, do citado Regulamento as incorreções poderiam ter sido suprimidas pela autoridade competente, o que não é o caso.
- não considera que tenha havido o cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, ressaltando-se que a Junta de Julgamento Fiscal, por medida de precaução, tomando por base a alegação defensiva de que o relatório eletrônico informado como entregue em 24.07.03, não fazia parte do lançamento do crédito tributário, converteu o processo em diligência em 11.03.04 para que fosse entregue nova cópia dos arquivos magnéticos (03 CDs) que embasam a autuação, e também para que fosse possibilitado ao contribuinte a tiragem de cópias xerox dos demonstrativos constantes às fls. 86 a 422, relativos a demonstrativos de apuração do débito para a sua conferência, ficando, assim, descartada a alegação de cerceamento de defesa, sendo atendida tal providência pela INFAZ de origem, conforme comprova a intimação à fl. 796 devidamente assinada pelo representante do contribuinte.
- quanto à alegação de que nos demonstrativos que embasam a autuação somente foram especificadas as notas fiscais e as mercadorias comercializadas no Estado da Bahia, sem a identificação do tipo das operações realizadas pelo estabelecimento, e dos respectivos destinatários, não considera que isto tenha impedido o contribuinte de exercer a ampla defesa e o contraditório, uma vez que com base nos próprios documentos fiscais poderiam ser verificadas as operações contempladas nos mesmos e realizadas pelo estabelecimento que estão sujeitas ao regime de substituição tributária.
- no tocante à preliminar de falta de comprovação fática das infrações, considera que as informações extraídas nos arquivos magnéticos fornecidos pela empresa e nos demonstrativos que instruem a autuação, são capazes para fundamentar as infrações imputadas, os quais servem de comprovação da ocorrência do fato gerador do tributo nas operações enquadradas no regime de substituição tributária.
- a legislação tributária prevê (art. 123, RPAF/99) que na impugnação do lançamento tributário o que for aduzido pelo sujeito passivo deve está acompanhado de provas em contrário. No caso, se no levantamento do débito tem incorreções, caberia ao autuado apontá-las e comprová-las, inclusive informando: a) quais as operações realizadas com contribuintes

que possuíam Regime Especial na SEFAZ/BA e os valores do imposto por substituição em suas próprias operações após o ingresso das mercadorias em seus estabelecimentos, com a indicação também dos documentos fiscais relativos às empresas adquirentes isentas do imposto; e b) quais as mercadorias destinadas a pessoas não contribuintes de ICMS, utilizadas para consumo próprio, de modo que fosse examinada a possibilidade de que o processo fosse baixado em diligência para confirmar tais alegações, ressaltando-se que vários equívocos apontados foram acatados pelos autuantes. Por esse motivo foi indeferido o pedido de diligência requerido pelo sujeito passivo, com fulcro no artigo 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99.

Assim, por não se enquadrarem em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, rejeita as preliminares de nulidades argüidas pelo sujeito passivo.

- no mérito, constata que as infrações 1 a 14 se referem a falta de retenção do ICMS, e as infrações 15 a 28 são concernente a retenção a menos, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, relativamente aos produtos elencados na Portaria nº 270/93 e nos Convênios e Protocolos arrolados à fl. 1673.
- o cálculo do débito de cada infração foi apurado através dos arquivos magnéticos anexos aos autos, encontrando-se demonstrado nos levantamentos que instruem a ação fiscal as colunas correspondentes a nota fiscal, data de emissão, código e descrição do produto, a norma legal utilizada, quantidade, valor da nota fiscal, a alíquota, o valor do ICMS ST correto, o valor do ICMS ST retido na nota fiscal, o valor da base de cálculo imposto devido, o valor da base de cálculo ST correta, o valor do ICMS ST, o valor do crédito do ICMS (próprio), e o valor do ICMS ST a recolher que foi lançado no demonstrativo do débito.
- a legislação tributária prevê que nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênios ou protocolos que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária, conforme art. 372 do RICMS/97.
- está previsto também que quando o remetente da mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária não efetua o pagamento do imposto substituído cabe ao destinatário fazer a antecipação do imposto. Contudo, no presente caso, considerando que o contribuinte autuado mesmo estando situado em outro Estado, está inscrito regularmente na SEFAZ/BA, na condição de substituto tributário, conforme Parecer GETRI nº 1082/93, fica obrigado ao cumprimento dos Convênios e Protocolos firmados entre o Estado da Bahia e Minas Gerais e a Portaria nº 270/93, nas operações realizadas para contribuintes localizados das mercadorias elencadas na Portaria nº 270/93 e subordinadas ao Regime Especial, Processo nº 501.202/93.
- sendo a empresa autuada inscrita regularmente no Estado da Bahia e tendo firmado Termo de Acordo, obriga-se, na condição de empresa comercial atacadista, a proceder a retenção do ICMS, quando da venda de seus produtos a contribuintes inscritos neste Estado, aderindo aos Convênios e Acordos citados no corpo do Auto de Infração, na qualidade de contribuinte substituto, como aliás procedeu, já que a exigência fiscal, além da falta de retenção, trata-se também de retenção a menos dos mesmos produtos no período fiscalizado em operações realizadas para contribuintes localizados neste Estado.
- a alegação de que foi utilizada a margem de lucro aplicável às operações realizadas pelos estabelecimentos industriais em vez de atacadista, não foi comprovado pelo contribuinte tal fato. De acordo com o Anexo 88 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, a MVA das mercadorias CERVEJAS, REFRIGERANTES E CHOPES; FARINHA DE TRIGO; COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES; MEDICAMENTOS; TINTAS E VERNIZES; DISCOS E FITAS; FILMES E SLIDES; LÂMINAS E ISQUEIROS; LÂMPADAS ELÉTRICAS; PILHAS E BATERIAS ELÉTRICAS; AÇÚCAR

DE CANA; SORVETES no atacado é idêntica à de indústria. Na determinação da base de cálculo para fins de apuração do débito foram consideradas corretamente as MVA's previstas nos respectivos Convênios e Protocolos e que foram ratificadas pelo Estado da Bahia e inseridas no Regulamento do ICMS.

- não procede a alegação defensiva de que não é devida a retenção do ICMS nas operações com Farinha de Trigo, visto que, consoante está previsto na Cláusula Primeira do Protocolo ICMS Nº 13/97, do qual o Estado de Minas é signatário, *“nas operações de saídas de farinha de trigo dos Estados signatários com destino aos Estados da Bahia e Acre, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo à operação subsequente”*. Embora tenha sido enquadrada a infração no Convênio ICM Nº 02/72, não considero que enseje a reabertura de prazo, pois pela descrição do fato ficou evidente a infração que foi imputada ao sujeito passivo.
- está comprovado através de INCs às fls. 574 a 740, que os adquirentes das mercadorias são contribuintes do ICMS, e o autuado não apresentou nenhum demonstrativo analítico apontando no levantamento fiscal quais operações que alegou ter sido realizada com consumidores finais.
- não foi comprovado ou até mesmo indicado quais os contribuintes que possuem Regimes Especiais concedidos pela SEFAZ/BA, não prevalecendo sua alegação de não conseguiu identificar os destinatários, pois os elementos que serviram de base a autuação foram extraídos do arquivo magnético fornecido pela empresa e permite tal identificação.
- quanto à alegação dos contribuintes que possuem Regimes Especiais concedidos pela SEFAZ/BA, a exemplo da empresa Irmãos Sanches Ltda. (IE 01510193), observa que embora o mesmo estivesse devidamente habilitado, conforme consulta no SINTEGRA, não há provas de que tenha havido o recolhimento do imposto por substituição tributária após o recebimento da mercadoria. Igualmente quanto aos demais contribuintes, considerando que os mesmos detinham Regimes Especiais concedidos pela Sefaz conforme Parecer GETRI nº 103/94; 314/94; 834/93; e Processo nº 825.368/93.
- no tocante às operações com não contribuintes do ICMS, nas vendas a hospitais, prefeituras, clínicas, etc, para consumo interno, foi alegado na defesa que os clientes Hospital Central de Barreiras Virgem dos Pobres Ltda.; Prefeitura Municipal de Medeiros Neto; Climev Médica Valente Ltda; Romulo Ribeiro do Vale; e Lar Fabiano de Cristo (CNPJ 33948381/0099-06), não comercializam medicamentos, e que não tem condições de provar a inexistência de inscrição no Estado da Bahia dos citados clientes. Para que seja verificado se procede esta alegação, o contribuinte deveria ter trazido aos autos levantamento de todas as operações que fazem parte do presente lançamento com a indicação da cada documento fiscal, para, se fosse o caso, tal verificação fosse objeto de revisão fiscal.
- no que diz respeito à base de cálculo utilizada na apuração do débito das infrações relativas a operações com medicamentos, os prepostos fiscais deram estrito cumprimento ao disposto no artigo 61, inciso I, c/c com o § 2º, pois a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária ou antecipação tributária nas operações com referidos produtos será em consonância com o Convênio 76/94 e suas alterações posteriores, qual seja, a base de cálculo será o valor correspondente ao preço constante da tabela estabelecida pelo órgão competente para venda a consumidor. No caso, foram utilizados os preços sugeridos pelos fabricantes publicados na Revista ABCFARMA, a qual ficam nas farmácias e revendedores à disposição dos consumidores finais. Não sendo apresentado qualquer levantamento contendo as notas fiscais onde foram considerados os alegados preços errôneos, considera não elidida este item da autuação.
- com relação à alegação de que os valores indicados no levantamento fiscal não correspondem àquele constante no documento fiscal, a exemplo da Nota Fiscal nº 786.726

emitida em 16/12/00, esta questão foi devidamente esclarecida pelos autuantes de que na referida nota fiscal não foram todos os itens submetidos ao cálculo do imposto, conforme fls. 830 a 833.

- relativamente a alegação de que foram consideradas mercadorias que não se enquadram no Convênio ICMS Nº 74/94, acato o fundamento da autuação no sentido de que a mercadoria INGEOR GUARANY citado na defesa, conforme documento à fl. 573, qual seja, relatório do sistema SAS2 consta que dita mercadoria foi enquadrada como “outras mercadorias” para fins de substituição tributária.
- os autuantes acataram as alegações defensivas constantes às fls. 803 a 805, concernentes a:
1) utilização indevida da margem de lucro a partir de janeiro de 1999 autorizada pelo Convênio ICMS nº 3/99, publicado em 26/04/99, pois em respeito ao princípio da anterioridade somente seria exigível a partir de 1º de janeiro de 2000; 2) inclusão indevida nos relatórios de produtos classificados como bebidas energéticas e isotônicos, e salgados industrializados antes da entrada em vigor da Portaria nº 294, de 28/08/2000 (docs. fls. 807 a 816); 3) que na Nota Fiscal nº 688.754, de 11/9/99, foi considerado que o estabelecimento reteve e recolheu o valor de R\$ 62,85, quando foi efetivamente retido e pago o valor de R\$ 101,25, e também nas notas fiscais às fls. 814 a 821; 4) erro de cálculo na Nota Fiscal nº 884.591, de 30/12/00, sendo procedidas as devidas modificações nas infrações 01, 04 e 15, resultando na diminuição do débito para os valores R\$200.815,61; R\$ 4.873,91 e R\$8.050,82, respectivamente, conforme demonstrativos às fls. 827 a 830.

Por fim, ressalta que tomando por base a jurisprudência do CONSEF sobre as mesmas questões tratadas neste processo, inclusive em Auto de Infração lavrado contra o estabelecimento autuado (AI nº 206844.0008/02-6, Acórdão JJF nº 0171-02/03 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal), no qual parte das infrações idêntica aos itens 1 a 4, 7 a 12, e 16 a 26 foi devidamente reconhecida, e quanto aos itens 5, 6, 13, 14, 15, 27 e 28 também já julgados procedentes em outros processos em nome do autuado, conclui que os argumentos defensivos não elidem totalmente tais objetos deste processo.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$1.796.922,37, com a modificação do débito das infrações 1, 15 e 18 para os valores R\$200.815,61; R\$8.050,82 e R\$4.873,91, respectivamente, ficando os respectivos demonstrativos de débitos modificados conforme planilha às fls. 827 a 830.

Em atendimento ao disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00 a 2ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário no qual alega:

- a nulidade do Auto de Infração por falta de segurança na infração e por falta de precisão na indicação dos dispositivos legais infringidos;
- que os autuantes deveriam indicar em todas as notas fiscais objeto do levantamento a natureza da comercialização das mercadorias remetidas, não sendo dever processual do recorrente fazer tal separação, pelo que alega cerceamento de defesa. Cita alguns destinatários que não têm intuito de comercialização, como hospitais e prefeituras.
- no mérito, que na falta de retenção do ICMS o Estado deveria exigir do adquirente, conforme previsto na legislação aplicável;
- que a base de cálculo utilizada pelos autuantes está equivocada, pois as Listas ABCFARMA não se aplicam ao caso;
- que alguns valores utilizados pelos autuantes não estão de acordo com a lista do mês em questão;
- que não restou comprovada a utilização indevida de valores referentes a produtos genéricos;

- que alguns contribuintes destinatários têm regime especial para recolhimento do ICMS pelo que devem ser excluídos do levantamento;
- que a margem de lucro considerada para os adquirentes que são atacadistas-distribuidores está errada.

Os autos foram remetidos à PGE/PROFIS que solicitou diligência, conforme fls. 1749 e 1750.

A diligência foi deferida por esta Câmara de julgamento Fiscal, tendo os autuantes imprimido todos os demonstrativos analíticos relativos aos valores impugnados.

Conforme orientação do CONSEF, foi concedido prazo de 30 dias para manifestação do contribuinte sobre os documentos acostados e que lhes foram entregues (fls. 1763 e 1764).

O recorrente se manifestou (fl. 5658 e seguintes) aduzindo, em síntese, que o exercício de 99 foi atingido pela decadência; que não foi possível exercer o direito de defesa, pelo que é nulo o Auto de Infração; que não foi informado dos destinatários das mercadorias comercializadas; contesta a base de cálculo, em função da inexistência da divulgação pública dos preços sugeridos pelos fabricantes e muito menos publicação oficial.

Instada a se manifestar a representante da PGE/PROFIS aduz que a diligência não foi cumprida na forma solicitada pela CJF, mas, por outra forma, atingiu ao seu objetivo, que era de proporcionar ao recorrente meios para exercer o seu direito de defesa.

Por fim, sustenta que as razões apresentadas pelo recorrente não são aptas para afastar a autuação, razão pela qual opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos, verifico que a exigência fiscal relativa aos itens de 01 a 14 refere-se à falta de retenção do ICMS, enquanto que os itens 15 a 28, fazem referência à retenção a menos, com a conseqüente falta de recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de mercadorias elencadas em Convênios e Protocolos em que são signatários o Estado da Bahia e o Estado de Minas Gerais, vigentes nas datas das ocorrências, e na Portaria nº 270/93, apuradas com base em dados constantes em arquivos magnéticos.

Inicialmente observo que na lavratura do presente Auto de Infração foi obedecido o disposto no inciso V do artigo 39 do RPAF/99. O trabalho fiscal está fundamentado em levantamentos analíticos e auto-explicativos baseados em arquivos magnéticos, encontrando-se indicados os dispositivos do RICMS/BA vigentes na data dos fatos geradores tidos como infringidos, inclusive os Protocolos e Convênios celebrados entre o Estado da Bahia e Minas Gerais, relativamente a cada infração.

E, se acaso tivessem sido indicados erroneamente, como bem ressaltou a Decisão recorrida, não haveria como caracterizar o lançamento tributário como impreciso, haja vista que pela descrição dos fatos verifica-se que ela permite o perfeito entendimento das acusações fiscais, possibilitando o contraditório, e conforme previsto no § 1º, do artigo 28, do citado Regulamento.

Em razão disso, descabe a alegação do recorrente de nulidade do Auto de Infração por falta de segurança na infração e por falta de precisão na indicação dos dispositivos legais infringidos.

Quanto à decadência, o CONSEF já pacificou o entendimento no sentido de que deve ser aplicada a regra do art. 173, I, do CTN, qual seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento deveria ser efetuado.

No mérito, constato que quando o remetente da mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária não efetua o pagamento do imposto substituído cabe ao destinatário fazer a antecipação do imposto, nos termos da legislação vigente. Logo, na falta de retenção do ICMS o Estado deve exigir do destinatário e não do adquirente, como pretende o recorrente.

Outrossim, verifico que a base de cálculo do ICMS por substituição relativa a medicamentos da linha humana foi aplicada corretamente, de acordo com o Convênio nº 76/94.

E nem se diga, como pretende o recorrente, que as listas sugeridas pelos fabricantes não estão disponíveis, isto porque é de conhecimento público que essas são disponibilizadas, inclusive, pela internet.

Ressalta-se, ainda, que o recorrente, mesmo após a diligência, não indica quais os destinatários que tinham regime especial para recolhimento posterior do tributo, razão pela qual não pode ser acolhida sua alegação.

Por fim, entendo que a alegação de que foi utilizada a margem de lucro aplicável às operações realizadas pelos estabelecimentos industriais em vez de atacadista, não foi comprovada pelo contribuinte. De acordo com o Anexo 88 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, a MVA das mercadorias cervejas, refrigerantes e chopes; farinha de trigo; combustíveis e lubrificantes; medicamentos; tintas e vernizes; discos e fitas; filmes e slides; lâminas e isqueiros; lâmpadas elétricas; pilhas e baterias elétricas; açúcar de cana; sorvetes no atacado é idêntica à de indústria.

Na determinação da base de cálculo para fins de apuração do débito foram consideradas corretamente as MVAs previstas nos respectivos Convênios e Protocolos, e que foram ratificadas pelo Estado da Bahia e inseridas no Regulamento do ICMS.

Quanto ao Recurso de Ofício, observo que os próprios autuantes reconheceram os equívocos cometidos.

Ante o exposto, por não constatar nos autos fatos ou fundamentos capazes de alterar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206949.0006/03-3, lavrado contra **MARTINS COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.796.922,37**, sendo R\$1.236.642,09, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “e”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$560.280,28, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “e”, do artigo 42, da citada lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/POFIS