

PROCESSO - A. I. Nº 272466.0088/04-8
RECORRENTE - L. RIBEIRO COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0344-03/05
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 20/03/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0062-11/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS (MEDICAMENTOS) A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. RETENÇÃO A MENOS DO ICMS. 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, com base no preço máximo de venda a consumidor fixado por autoridade competente. Infração caracterizada. Não acolhida a arguição preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Recurso Voluntário tem como objeto a contestação do Auto de Infração lavrado em 30/11/2004, que exigiu ICMS no valor de R\$37.906,16, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado por este ter efetuado recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.

O autuado apresenta impugnação às fls. 262 a 280, alegando, preliminarmente, que o autuante deixou de atender a princípios de direito aplicáveis ao processo e aos procedimentos administrativos. Aduz que no roteiro da fiscalização empreendida, não foi levado em consideração que as vendas eram destinadas a hospitais e órgãos públicos, o que desqualificou não só a base de cálculo empregada, como o próprio instituto da substituição tributária, uma vez que se trata de venda a consumidor final.

Contestou também a aplicação da base de cálculo fundada em Revistas Farmacêuticas e quanto ao cálculo para a apuração do imposto antecipado nas hipóteses de vendas para farmácias, mercados, vendas destinadas a revendedores, e não a consumidores finais.

Neste sentido, critica a atitude do autuante de ter se limitado a análise das Notas Fiscais de Entradas, provavelmente com base nas listagens do CFAMT, sem levar em consideração outros documentos fiscais que permitiriam proceder a fiscalização sustentando-se em fatos reais. Em razão disto, entendeu o impugnante, que não deveria, em face de diversas entradas de medicamentos no estabelecimento fiscalizado, sem a antecipação do imposto supostamente devido, presumir que todas fossem destinadas a revendedores, principalmente, quando foi possível verificar pelas notas fiscais de saída que as vendas destinavam-se a hospitais, clínicas, ambulatórios, pronto-socorros e a órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal.

Citou, neste sentido, aspectos doutrinários sobre a prova e a presunção relativa no processo fiscal, além de jurisprudência do CONSEF a respeito da inobservância do devido processo legal, sendo assim, se posicionou pela falta de motivação para a lavratura do Auto de Infração, pedindo pela nulidade do mesmo.

No mérito, o Autuado sustentou sua defesa sob as seguintes alegações:

EQUÍVOCO NO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO ELABORADO PELO AUTUANTE - A diferença encontrada deveu-se ao fato do autuante ter elaborado demonstrativo irreal, utilizando-se meramente das entradas da empresa, sem considerar as saídas efetivas constantes nas suas Notas Fiscais,

DA VERDADE MATERIAL; DA INSUBSISTÊNCIA; DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA; DA MERA EXIGÊNCIA DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA- Neste ponto, alega que o próprio CONSEF tem se pronunciado no sentido de declarar improcedente o Auto de Infração que cobrar tributos, cujos fatos geradores sejam de mercadorias que tenham seu ciclo de circulação interrompidos por se destinarem a consumidor final, transcrevendo em seguida jurisprudência do CONSEF relacionado ao tema;

DA CORRETA UTILIZAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PELO AUTUADO. Por fim, assevera que o procedimento do fisco baiano, em utilizar como base de cálculo do imposto o preço sugerido por revistas do ramo, como ABCFARMA, viola o Convênio 76/94 que regula o instituto da Substituição Tributária nas operações de venda de produtos farmacêuticos, neste sentido, transcreveu jurisprudência do CONSEF sobre o tema. Por fim, pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em informação fiscal (fls.294/298), expõe que, a defesa interpretou o art. 371 do RICMS/BA desconsiderando que os Estados de origem (SP e MG) das mercadorias, não eram signatários do convênio para antecipação do imposto nos exercícios 2002 e 2003, sendo este o fator determinante para dar legalidade à cobrança, pois as mercadorias oriundas de Estados signatários não foram submetidos aquele roteiro fiscal.

Afirma o autuante que está em discussão é a base de cálculo, tendo o contribuinte reconhecido sua obrigação de antecipar. Portanto, o demonstrativo de débito se atém ao cálculo do ICMS devido com base no preço da tabela ABCFARMA da época da aquisição, subtraído da parcela já antecipada através de DAE ou GNR, calculada a menor pela aplicação de MVA.

Reconheceu que o contribuinte vendeu majoritariamente para hospitais e órgãos públicos, sendo que o § 6º, do art. 359 do RICMS/BA, concede recuperar a diferença entre o imposto retido e o imposto correspondente ao valor que tiver realizado na operação, no entanto a recuperação tributária, esta condicionada a um requerimento junto à Gerência de Substituição Tributária.

O autuado tomou conhecimento (fl. 300) da informação fiscal, não se manifestando, porém apresentou petição de juntada de documentos, onde junta aos autos as cópias das notas fiscais que atesta as vendas a consumidor final.

Por recomendação da 3ª JJF o presente PAF foi submetido a diligência, para que o autuante trouxesse aos autos as fotocópias da revista publicada pelo ABCFARMA em que se fundamentou para apurar os preços unitários das mercadorias objeto da autuação.

Inicialmente, manifesta-se a JJF, que com a reabertura do prazo de defesa, após a entrega da documentação fiscal ao autuado, foi sanada a irregularidade existente e restabelecido o pleno exercício ao direito de defesa do contribuinte, o qual foi exercido, contudo, sem destituir o crédito tributário exigido.

No mérito o autuado limitou sua defesa em alegar a não verificação por parte do autuante das Notas fiscais de saída que comprovaram a destinação das vendas efetuadas à hospitais e órgãos

públicos e, principalmente, que as informações extraídas da revista ABCFARMA não se prestam para fins de fixação de base de cálculo,

A JJF confirma que o autuante anexou aos autos fotocópia da revista utilizada para apuração da base de cálculo, desse modo, corrigiu as omissões presentes ao PAF, da mesma maneira foi reaberto o prazo legal ao autuado para que se manifestasse sobre os elementos anexados, portanto, a omissão meramente formal ocorrida no presente processo foi satisfatoriamente suprida pelo autuante e, da mesma maneira foi contemplado o direito a ampla defesa e o contraditório inerentes à defesa, portanto, foram acatadas as determinações legais não tendo nenhuma procedência o pedido de nulidade requerido pela defesa.

Constatou também a JJF que foi dado estrito cumprimento ao disposto no Convênio nº 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 ABCFARMA.

Em relação ao fato do autuado vender, majoritariamente, para hospitais e órgãos públicos, em nada muda o cálculo do imposto nas entradas das mercadorias, entretanto, cabe ao contribuinte requerer regime especial para recuperar a diferença do imposto retido, observando as regras para recuperação da diferença entre o imposto retido e o imposto correspondente ao valor realizado na operação, no disposto no § 6º do art. 359 do RICMS.

Do exposto, vota pela Procedência do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário o autuado, ora recorrente, reitera seus argumentos trazidos aos autos em sua impugnação inicial, não acrescentando nenhum elemento novo ao PAF.

Pretendeu o recorrente que nos demonstrativos elaborados pelo autuante fosse usado como base de cálculo, o valor da operação realizada pelo remetente ao fornecedor, com os acréscimos correspondentes a fretes, seguros, IPI e demais encargos que são transferidos ao comprador e mais o MVA determinado pelo regulamento.

Por outra parte alega a defesa que o autuante deixou de atender a princípios de direito aplicáveis ao processo e aos procedimentos administrativos, a exemplo do princípio da verdade material, do informalismo e da economia processual, isto porque o roteiro da fiscalização não identificou a mais importante das informações, qual seja a destinação das vendas do recorrente, qual seja a hospitais e órgãos públicos, o que por si só desqualifica a base de cálculo empregada pelo fiscal autuante, desde que se considere que se trata de venda a consumidor final.

A PGE/PROFIS manifesta-se afirmando que o autuado em sua peça recursal não trouxe nada de novo que desse ensejo a qualquer alteração na Decisão de 1ª Instância.

Aduz que o recorrente pretendeu que a utilização da base de cálculo fosse embasada no inciso II, do art. 61 do RICMS, e não no inciso I do mesmo artigo que literalmente determina, *“o preço único ou maximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente”*.

A confecção dos demonstrativos de débito informa a ilustre procuradora, teve como base os parâmetros estipulados pelo inciso I do art. 61, utilizando como preços máximos das mercadorias aqueles estipulados pela revista ABCFARMA, procedimento reconhecido pelo Estado da Bahia e largamente utilizado nas ações fiscais e acatadas pacificamente pelo CONSEF. Desta forma, conclui que a existência de preço máximo sugerido pelos fabricantes, é esse que deve servir como base de cálculo para a cobrança do imposto, conseqüentemente está caracterizada a infração, sendo devido pelo contribuinte o valor apurado pelo autuante.

A alegação do contribuinte de que as mercadorias vendidas, em sua maioria, tiveram como destinação hospitais e órgãos públicos e que este fato desqualificaria a aplicação do instituto da substituição tributária, não procede. Tal situação aduz a ilustre procuradora, não altera o cálculo

do imposto, apenas dá direito ao sujeito passivo de requerer um regime especial de restituição de crédito.

Pelo exposto a representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Auto de Infração em análise acusou o autuado, de ter efetuado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.

As questões preliminares no Recurso Voluntário repetem os mesmo argumentos já enfrentados e afastados, corretamente, no julgamento recorrido. Aliás, os autos não envolvem listagem de CFAMT, portanto, não acolho os argumentos do recorrente.

A discussão que se trava neste PAF cinge-se tão-somente da determinação da base de cálculo aplicada na apuração do imposto remanescente, que o sujeito passivo deixou de pagar, quando efetuou recolhimento a menos.

Pretendeu o recorrente fugir da prática recomendada pelo inciso I do art. 61 do RICMS/97, que assim trata a matéria *“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 visto, a elaboração dos demonstrativos de débito laborada pelo autuante teve como fundamento os parâmetros estabelecidos pelo acima citado dispositivo legal, utilizando-se como preço máximo das mercadorias, aqueles publicados na revista ABCFARMA, de responsabilidade dos fabricantes das mercadorias.

Como bem acentuou a ilustre representante da PGE/PROFIS, esta é uma prática reconhecida pelo Estado da Bahia, sendo largamente empregada nas ações fiscais do Estado e acatada pelo CONSEF.

Quanto à alegação do recorrente de que as vendas, em sua maioria, foram realizadas a hospitais é órgãos públicos desclassificando a aplicação da substituição tributária, não traz nenhuma alteração no cálculo do imposto, nem inibe a ação do sujeito passivo em observar o disposto no § 6º, art. 359, do RICMS, que lhe assegura o direito da restituição do crédito.

Pelo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 272466.0088/04-8, lavrado contra **L. RIBEIRO COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.906,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2006.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS - REPR. DA PGE/PROFIS