

**A. I. N°** - 232853.0022/05-2  
**AUTUADO** - COMERCIAL DE MEDICAMENTOS AQUÁRIOS LTDA.  
**AUTUANTE** - NILZA CRISPINA MACEDO DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 19. 09. 2006

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0263-04/06

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Com relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o imposto deverá ser pago, por antecipação tributária, tomando como base de cálculo o preço máximo de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Incompetência do órgão julgador administrativo para declarar inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2005, exige ICMS no valor de R\$ 363.562,15, decorrente do recolhimento a menos por antecipação do ICMS, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionada no anexo 88.

O autuado, às folhas 274/290, impugnou o lançamento tributário, preliminarmente requerendo a nulidade da autuação por não ter a autuante fornecido ao autuado, cópia da Revista Editada pela ABC FARMA, que serviu para fixação da base de cálculo pela autuante, cerceando seu direito de defesa, citando doutrina de outro tribunal e jurisprudência.

Arguiu nulidade absoluta do Auto de Infração, na condição de preliminar de ordem constitucional, por entender que a multa é confiscatória, voltando a citar doutrina. Requer a realização de diligência, para comprovar que não tem capacidade lucrativa para suportar a autuação.

Aduz que, quando adquire as mercadorias junto aos fabricantes, as adquire pelos valores efetivamente praticados, devendo aplicar-se assim apenas a Margem de Valor Adicionado – MVA prevista, alcançando de fato os valores reais previstos na norma genérica contida na legislação do ICMS, e não a contida no § 3º do artigo 8º da Lei complementar 87/96, haja vista que a utilização do PMC – Preço Máximo ao Consumidor Final, constitui, na utilização de uma “pauta” como presunção legal absoluta, o que é inadmissível em face do dispositivo constitucional não admitir ficção legal.

Ressalta que no cálculo das diferenças apuradas, em nenhum momento constam os valores recolhidos através das denúncias espontânea apresentadas no período, o que implica na ocorrência do “bis in idem”, haja vista neste caso, a existência de indébito reclamado pela Fazenda Estadual. Requerendo, mais uma vez, a realização de diligência para correções necessárias, bem como, aplicação da MVA.

Ao finalizar, requer diligência a Procuradoria Fiscal, nulidade ou improcedência da autuação.

Na informação fiscal, folhas 296/298, a autuante contesta os argumentos defensivos, esclarecendo que os demonstrativos fiscais que serviram de base para a lavratura do presente Auto de Infração, folhas 13 a 59, antes da conclusão, foram examinados pelo representante legal da empresa o Sr. Alberto, o qual esteve pessoalmente na repartição, para tomar conhecimento de todo o conteúdo dos demonstrativos do Auto de Infração e, principalmente, da forma que foram feitos os cálculos para apuração do ICMS devido.

Aduz que, inclusive, quando da verificação do preço dos medicamentos na Revista ABC FARMA, em meio magnético utilizada para apuração do imposto devido e repassada para fiscalização pela Gerência de Substituição Tributária da SEFAZ/Bahia, o Sr. Alberto tomou conhecimento de tal procedimento, chegando até, conforme solicitação da fiscalização, de tentar conseguir junto à própria empresa autuada uma cópia das revistas, as quais são recebidas mensalmente pela autuada. Assim, a alegação de nulidade não tem nenhum cabimento.

Quanto ao fato da não utilização dos valores constantes na denúncia espontânea para redução do valor do imposto devido, não tem procedência, pois se encontra às folhas 13 do PAF o demonstrativo do resumo do imposto devido referente a Substituição Tributária, com os valores apurados e relativos aos meses de março, abril, maio e junho de 2002, com um montante de R\$397.652,13, que deduzido o valor total correspondente a tal período e constante na denúncia (R\$34.089,98), perfaz um total histórico devido de R\$363.562,15. Não poderia a fiscalização incluir no valor a deduzir o correspondente aos outros períodos constantes na denúncia (de julho de 2002 a dezembro de 2003), pois o período fiscalizado foi de março até junho de 2002.

Salienta que não cabe a fiscalização discutir a aplicabilidade ou legalidade constitucional do RICMS/BA. ou de qualquer Decreto.

Informa que acosta aos autos e encaminha ao autuado o arquivo magnético contendo todas as revistas fornecidas à SEFAZ pela ABC FARMA.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

À folha 300, consta recibo firmado pelo autuado, declarando que recebeu cópia das folhas 295 a 298 e o arquivo magnético, sendo informado do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar.

Em nova manifestação, o autuado, às folhas 303/306, requer nulidade, pois somente foi concedido 10 (dez) dias de prazo quando da entrega de elementos necessários ao exercício da ampla defesa. Diz que, os arquivos magnéticos foram em formato DBF, formato este que o autuado não tem condições de acessar.

Em nova informação fiscal, folhas 310/311, a autuante diz que a questão do prazo de 10 ou 30 dias deverá ser analisada pelo CONSEF.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência para que fosse reaberto o prazo de defesa em 30(trinta) dias.

O autuado, em nova manifestação, folhas 320/341, reitera os argumentos das duas manifestações anteriores.

Ressalta que a autuante deixou de observar a redução da base de cálculo prevista no artigo 87, III, do RICMS/97, o qual transcreveu.

Em sua 3ª informação fiscal, a autuante opina pela manutenção da autuação, fundamentadas nos argumentos das manifestações anteriores.

## **VOTO**

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade, resalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que, quando da informação fiscal a autuante entregou os arquivos magnéticos contendo os preços consignados na Revista ABC FARMA. Posteriormente, quando da instrução processual, o PAF foi baixado em diligência, para que fosse reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, fato que possibilitou ao autuado o pleno direito de defesa. A alegação de que os arquivos foram entregues em formato DBF inviabilizando o exercício do direito de defesa, não pode ser acolhido, pois trata-se de arquivo em linguagem de fácil acesso, além do fato do autuado receber a própria revista, como bem ressaltou a autuante. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, para comprovar que não tem capacidade lucrativa para suportar a autuação, indefiro o mesmo, uma vez que a responsabilidade tributária tem caráter objetivo. Uma vez ocorrido o fato gerador do ICMS, independente da existência ou não de lucro do sujeito passivo, é devido o recolhimento do imposto. Ademais, entendo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de convicção em relação a lide, inclusive consta nas planilhas acostadas às folhas 14 a 59, elaboradas pela autuante, discriminando, entre os dados, os valores correspondente as reduções. Logo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, o pedido do autuado fica indeferido, ressaltando, ainda, que foi realizada diligência para reabertura do prazo de defesa em 30 (dias).

No mérito, constatei que a autuante abateu, de forma correta, os valores objeto de denúncia espontânea relacionados com os fatos geradores ocorridos nas mesmas datas do período apurado na ação fiscal. Assim, foram abatidos os valores referentes aos meses de março a junho de 2002.

Também, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que a autuante não teria considerado as reduções da base de cálculo prevista no inciso III, do artigo 87, do RICMS/97, uma vez que nas planilhas elaboradas na ação fiscal, folhas 14 a 59, a autuante discriminou os valores das reduções.

Em relação ao procedimento adotado pela autuante para apurar a base de cálculo do ICMS, entendo ser o correto, encontrando-se amparado nas determinações do RICMS/97, em especial no inciso I do artigo 61, bem como o inciso I do § 2º, do mesmo artigo, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

*“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:*

*I - 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;*

*[...]*

*§ 2º Para efeitos de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos a seguir indicados, a determinação da base de cálculo será feita segundo os seguintes critérios:*

*I - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS 04/95, inclusive quanto à*

*redução da base de cálculo para fins de substituição tributária, em 10%, não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7%;”*

Assim, conforme o artigo 61, I, § 2º, I, do RICMS/97, para efeitos de antecipação tributária, nas operações com produtos farmacêuticos, a base de cálculo será apurada em consonância com o Convênio ICMS Nº 76/94. 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 presente PAF, restou comprovado a existência de preço máximo de venda a consumidor final publicado por revista especializada, fato que não é contestado pelo autuado. 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, incorporado ao RICMS/97 em seu artigo 61, inciso I.

Ante o exposto, 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 232853.0022/05-2, lavrado contra **COMERCIAL DE MEDICAMENTOS AQUÁRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$363.562,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – JULGADOR