

A. I. Nº - 206984.0007/06-8
AUTUADO - PARENTE COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - HUBERTO LIMA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 27. 12. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0410-04/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A realização de operações mercantis, sem a emissão dos documentos fiscais correspondentes, implica em penalidade, de acordo com a legislação tributária em vigor. b) MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido; c) MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. 2. 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. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração caracterizada. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração comprovada. Negado o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, exige ICMS e multa no total de R\$92.517,50, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa de R\$ 50,00.
2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS de R\$ 5.396,76 e multa de 70%.
3. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. ICMS de R\$ 1.541,63 e multa de 60%.
4. Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, 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 relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$ 83.803,33 e multa de 60%.
5. Deixou de efetuar o recolhimento 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. ICMS de 268,33 e multa de 60%.
6. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS de R\$ 87,45 e multa de 60%.
7. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS de R\$ 1.370,00 e multa de 60%.

O autuado, através de sua advogada, ingressa com defesa, fls. 343 a 351, e tece os seguintes argumentos:

Alega que o auto de infração fere a Constituição Federal, na medida em que não existe lei impondo o pagamento do ICMS substituído de medicamentos, com base em preços fixados por uma Associação, in casu a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, ABCFARMA.

Aduz que esta associação tem por finalidade específica sugerir preços para o consumidor final, não podendo fixar base de cálculo para o imposto.

Lembra a proibição de confisco e que o preço sugerido pela ABCFARMA diverge, consideravelmente do preço praticado pelo autuado, o que pode ser constatado através das listas de preço simplificadas, em anexo. Aduz que, do valor do medicamento, constante nas mencionadas listas simplificadas, ainda concede aos seus clientes, desconto de até 30%, nas operações de vendas.

Ressalta que a ABCFARMA não tem competência constitucional para pautar preços de medicamentos, transcreve decisões dos Tribunais Pátrios, e cita o entendimento doutrinário favorável ao que pleiteia.

Afirma que todas as infrações são improcedentes.

Quanto á infração 02, aduz que não adquiriu mercadorias de terceiro desacompanhadas de nota fiscal, pois este não é o seu modo de proceder.

Diz que a infração 03 é confusa e também não existiu.

A infração 04 constitui-se uma aberração jurídica.

A infração 05 não ocorreu.

A infração 06 subsume a confusão externada pelo autuante nas demais e a infração 07 tem a mesma sorte das anteriores.

A final pede que seja designado estranho ao feito, para proceder à revisão do auto de infração, a fim de comprovar a inexistência das infrações.

O autuante presta a informação fiscal, de fls. 393 a 397, e esclarece que o contribuinte opera no ramo de comércio atacadista de produtos farmacêuticos de uso humano e que no período alcançado pela fiscalização não possuía “Termo de Acordo” para usufruir dos benefícios previstos no Decreto nº 7799/2000. Salienta que as infrações 01, 02 e 03 estão amparadas pela Portaria 445/98, editada com o objetivo de orientar os trabalhos de auditoria fiscal de estoques em estabelecimentos comerciais e industriais.

Quanto à infração 04, a indústria farmacêutica (laboratórios), quase na sua totalidade, informa ao público através de órgãos, inclusive a ABCFARMA, os preços máximos dos seus produtos a serem utilizados nas vendas a consumidor. Periodicamente divulgam tabelas ou listas contendo os preços dos medicamentos sugeridos pelos fabricantes, os quais, em obediência ao Convênio 76/94, são utilizados pelas Secretarias da Fazenda dos Estados conveniados, para a apuração da base de cálculo da substituição tributária de produtos farmacêuticos. Se o preço de venda for abaixo do sugerido, tratando-se de mercadorias oriundas de Estados não signatários do Convênio 76/94, compete ao destinatário a responsabilidade pelo recolhimento da parte ou do total do imposto não pago.

Esclarece que a base de cálculo foi reduzida em 10%, de acordo com as determinações do § 4º do Convênio 76/94, e deduzido do imposto apurado os valores pagos através de GNREs ou DAES, conforme planilha de cálculo anexa.

Na infração 05, trata-se de medicamentos oriundos de outros Estados da Federação não signatários do Convênio 76/94, cujos produtos não constam na lista do ABCFARMA. Na apuração da base de cálculo foram aplicadas as determinações do art. 61, do RICMS/97, inclusive quanto à redução de 10%, prevista no inciso I, do § 2º e constante também do § 4º da cláusula segunda do Convênio 76/94. Mantém a infração 06 e a 07, sendo que nesta última o contribuinte deu saída interestadual através da nota fiscal nº 00358, série 1, de 04/10/2004, de mercadoria tributada, (unidade suctora – bomba à vácuo) como não tributada.

Opina pela manutenção do auto de infração.

VOTO

Inicialmente cabe a apreciação das preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99.

Cabe salientar que não se inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de questões relativas à inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 167, do RPAF/99.

Nego o pedido de diligência, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, saliento que a defesa apresentada foi genérica, sem que o sujeito passivo aponte erros de cálculos, ou elida as acusações através da comprovação do seu não cometimento, pelo que passo a analisar as infrações *de per si*.

As infrações 01, 02 e 03 estão relacionadas e referem-se à aplicação de penalidade e ao *quantum* apurado no levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado, no ano de 2004.

As planilhas relativas a estas infrações, incluindo o levantamento de entradas, levantamento de saídas, o cálculo das omissões, encontram-se às fls. 12 a 122, e as fotocópias dos livros fiscais às fls. 123 a 222 do PAF.

As infrações 2 e 3 estão devidamente caracterizadas, uma vez que, no levantamento quantitativo referente ao exercício fechado de 2004, ficou caracterizada a ocorrência de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal. Nessa situação, deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

A infração 01 está devidamente caracterizada, pois, no levantamento quantitativo referente ao exercício fechado, ficou comprovada a ocorrência de entrada e de saída de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Sobre a omissão de entrada, deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Já quanto à omissão de saída, é cabível a multa no valor de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96. Infrações mantidas.

Quanto à infração 04, verifico que está sendo exigido 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, Goiás, Minas Gerais), em virtude de erro na determinação da base de cálculo, com base no preço máximo de venda a consumidor publicado na Revista ABC FARMA, ANVISA e CMED (Agência Nacional de Vigilância Sanitária e Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos), tudo conforme demonstrativos de fls. 223 a 237 e cópias das notas fiscais anexas Às fls. 238 a 308 do PAF).

O débito da infração 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.

Com relação à base de cálculo para determinação da exigência fiscal, 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, ANVISA e CMED. 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”.

Esclarece que a base de cálculo foi reduzida em 10%, de acordo com as determinações do § 4º do Convênio 76/94, e deduzido do imposto apurado os valores pagos através de GNREs ou DAEs, conforme planilha de cálculo anexa.

Ressalto que para a apuração dos preços, conforme indicação do autuante no auto de infração, a tabela ABCFARMA foi fornecida pela SEFAZ/SAT/DPF/GERSU; a Lista de Preço Máximo ao Consumidor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos); Suplemento Lista de Preços (parte integrante da Revista Guia de Farmácia).

Também não foram concedidos os benefícios previstos no Decreto 7.799/2000, em razão da falta do competente termo de Acordo, no período fiscalizado, tendo em vista que só foi finalizado em 24/05/2005, conforme Parecer no Processo nº 23832020046, de fls. 338 a 339. Infração mantida.

Quanto à infração 05, diferencia da anterior, já analisada, pelo fato de que as aquisições dos produtos (medicamentos), ocorreram de distribuidores atacadistas, localizados em Estados da Federação não signatários do Convênio 76/94, mas cujos preços e produtos não se encontram devidamente relacionados nas tabelas ABCFARMA, ANVISA e CMED, sendo utilizado na apuração da base de cálculo a MVA estabelecida nas tabelas constantes do Convênio 76/94. Infração mantida.

Na infração 06 o autuado não comprovou o efetivo pagamento da diferença de alíquotas de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

O demonstrativo encontra-se às fls. 318, e cópias das notas fiscais às fls. 319 a 325 do PAF. Infração comprovada.

Na infração 07, o autuado emitiu nota fiscal de operação de saída interestadual, nº 00358 série 1, de 04/10/2004, unidade suctora – bomba vácuo, como não tributada.

O demonstrativo de débito encontra-se à fl. 326 e cópia da nota fiscal à fl. 327. Infração mantida.

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 **206984.0007/06-8**, lavrado contra **PARENTE COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$92.467,50**, acrescido das multas de 70% sobre R\$5.396,76 e 60% sobre R\$87.070,74, previstas no art. 42, III, II, “a”, “d”, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII, do artigo e lei citado, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2006

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR