

A. I. N.º - 279547.0802/06-7

**AUTUADO - VITOFARMA COMERCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA**

**AUTUANTE - MARCO ANTONIO VALENTINO**

**ORIGEM - IFMT-SUL**

**INTERNET - 22/12/2006**

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0412-03/06**

**EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS.** Autuado não é detentor de Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799/00, para aplicação de redução da base de cálculo de medicamentos. Infração subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/08/2006, reclama ICMS no valor de R\$203.237,65, com aplicação da multa de 60%, pela falta de recolhimento do referido imposto, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado. Consta na descrição dos fatos, que houve a falta de antecipação tributária (erro de cálculo-valor pago a menor), das mercadorias constantes nas notas fiscais de nºs 320146, 320156, 320386, 320149, 320412, 320001, 320002, 320157, 320142, 320000, 319999, de 22/08/2006 emitida por EMS S.A. Mercadorias procedentes de outra unidade da federação (São Paulo), enquadradas na Portaria 114/04, que não tiveram espontaneamente antecipado o ICMS relativo à operação. Tais mercadorias foram apreendidas juntamente com os documentos fiscais citados como prova da infração fiscal, nos termos do RICMS-BA e Portaria 114/04-Medicamentos. Base de cálculo nos termos do artigo 61, I, do RICMS-BA (preço de venda a consumidor constante de tabela estabelecida por órgão competente).

O autuado, inconformado, apresenta impugnação, tempestivamente, (fls.47/50), dizendo que segundo o fiscal autuante, a base de cálculo utilizada pelo defensor, para a aplicação da alíquota de 17%, estaria inferior ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Ressalta que, desde 20/12/2004, foi peticionado ofício dirigido ao Diretor de Administração Tributária da Região Sul da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, requerendo tratamento diferenciado, nos termos do artigo 3º-A e parágrafo único do Decreto nº 7799 de 09/05/2000. Aduz que os referidos ofícios, foram reiterados em 18/04/2005 e 26/08/2005, e a SEFAZ-BA, se nega até o momento em conceder tal benefício, justificando através do representante legal da região, que a empresa tem débito junto à Fazenda Pública da Bahia. Acrescenta que todo esse transtorno fora causado pela lavratura do Auto de Infração de nº 294635.1201/04-8. Diz que o referido processo está sub judice na 2<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Vitória da Conquista sob o nº 652996-5/2005. Entende que a exigência da concessão do Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799/00 ao pagamento de débitos que se encontram em discussão na esfera administrativa é indevida. Aduz que em que pese o lançamento tributário possuir presunção de legalidade, este atributo deve ser revisto pela Administração Pública, como forma de fazer valer os princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade e publicidade. Diz que a autuação comprehende o período de Agosto de 2006, bem posterior aos ofícios dirigidos ao Diretor de Administração Tributária da Região Sul da SEFAZ-BA. Reproduz o artigo 3º-A parágrafo único do Decreto nº 7.799 de 09 de maio de 2000, para justificar que a base de cálculo correta para apuração do ICMS devido seria de 3,9%, aplicado sobre o preço máximo de venda a

consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Conclui, requerendo a anulação do Auto de Infração para que seja recalculado o imposto devido, sob a ótica do citado Decreto e que em nome da sensatez e justiça que seja determinada a referida revisão.

A informação fiscal foi prestada pelo Auditor Fiscal Silvio Chiarot de Souza (fls. 63/64), com base no artigo 127 § 2º do RPAF (fls.), dizendo que das razões da defesa depreende-se que em relação ao imposto não existe contestação, ou seja, não foi apontada qualquer irregularidade no lançamento. Aduz que toda a ira do contribuinte volta-se contra a Diretoria da DAT-SUL por não lhe conceder o benefício almejado e previsto no Decreto nº 7799/00, em função da sua inadimplência com o Estado e, por isso, considera-se perseguido. Entende que não existe impugnação ao lançamento, mas tão somente um pedido de reconsideração que não pode e nem deve ser acatado, pois está expresso no Decreto nº 6.284/97 em seu artigo 902, parágrafo 4º, que não será concedido regime especial de tributação, a quem estiver em débito com a Fazenda Pública. Salienta que é totalmente inadequada esta linha de argumentação no corpo deste processo, relativo ao auto que foi lavrado em conformidade com a legislação tributária e sem qualquer erro ou vício que possa anulá-lo, ou falha para que seja revisado, ou considerado improcedente.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18.

No mérito, o Auto de Infração em lide, foi lavrado em decorrência de recolhimento a menos por aplicação de base de cálculo inferior à prevista no artigo 61, I do RICMS-BA, tendo em vista que o autuado não era detentor de Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799/00.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuante procedeu de forma correta quanto à exigência do imposto por antecipação tributária, de mercadorias (medicamentos), procedentes de Estado não signatário do Convênio 76/94 (São Paulo), sendo obrigado a apurar e recolher o imposto, sendo que a base de cálculo a ser aplicada está prevista no artigo 61, I, § 2º, I do RICMS-BA, o qual transcrevo a seguir:

*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%;*

O Convênio 76/94, em sua cláusula segunda, por sua vez reza:

*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 e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.*

Concordo inteiramente com as argumentações prestadas pelo Auditor Fiscal Silvio Chiarot de Souza, na informação fiscal, tendo em vista que o único protesto do autuado está adstrito à não concessão de Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799/00 que em seu artigo 7º, condiciona a celebração do referido Termo de Acordo para fruição do benefício fiscal, e o próprio autuado reconhece que não foi obtido em razão de possuir passivo tributário perante o Erário Estadual. O artigo 902, § 4º do RICMS, veda injuntivamente qualquer concessão de benefício, na hipótese do contribuinte se encontrar em débito inscrito em dívida ativa, conforme reproduzo abaixo:

*Art. 902 (...)*

*§ 4º Não será concedido regime especial a contribuinte que se encontrar em débito com a fazenda pública estadual, quando já inscrito em Dívida Ativa, enquanto não proceder à extinção da dívida, salvo nos casos de débitos parcelados que estejam sendo pontualmente pagos.*

Neste caso, não cabe a aplicação do benefício de redução da base de cálculo, haja vista que efetivamente, o defensor não se encontrava habilitado.

Verifico, ainda, que o autuante lavrou o Termo de Apreensão e Ocorrências (fls 10/14) elencando os produtos apreendidos, e elaborou demonstrativo de débito correspondente às referidas mercadorias às folhas 05 a 08 do presente processo, sendo que os valores apurados não foram contestados pelo defensor. Foram deduzidos os créditos fiscais constantes nas notas fiscais e os valores recolhidos por meio de GNRES (fl. 09) Portanto julgo procedente a imputação fiscal, por inexistência de controvérsias quanto à legalidade de fato e de direito na sua lavratura.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279547.0802/06-7, lavrado contra **VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$203.237,65**, acrescido da multa de 60%, prevista nos artigos 42, II, “d”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2006.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR