

PROCESSO - A. I. Nº 206984.0007/06-8
RECORRENTE - PARENTE COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0410-04/06
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 04/06/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0193-12/07

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe o contribuinte, interpõe o presente Recurso Voluntário.

O lançamento de ofício 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%.

Em seu voto a Sra. relatora inicialmente aprecia as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo e verifica que 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.

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

Em Decisão contínua negou o pedido de diligência, pois considerou que os elementos constantes nos autos eram suficientes para a formação do seu convencimento.

No mérito, salientou que a defesa apresentada foi genérica, sem que o sujeito passivo apontasse erros de cálculos, ou elidisse as acusações através da comprovação do seu não cometimento, pelo que passou 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, observou que a ação fiscal foi acertada, tendo em vista que foi dado 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, inexistiu 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. Ressaltou 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).

Observa que 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. Manteve as infrações.

No que concerne à infração 05, verificou que se 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. Manteve a infração.

Quanto à infração 06 diz não ter o autuado comprovado 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 também, de acordo com a Sra. relatora, comprovada.

No que diz respeito à 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. Diz que o demonstrativo de débito encontra-se à fl. 326 e cópia da nota fiscal à fl. 327 e manteve a infração.

Em conclusão manteve a Procedência do Auto de Infração.

Através de advogada legalmente habilitada, o recorrente apresenta suas razões recursais onde de forma genérica pede a reconsideração da Decisão. Inicialmente diz que a Decisão alicerçou-se exclusivamente nos elementos apresentados pelo Auditor o que implica num flagrante “*cerceio ao direito de defesa do contribuinte*”. Diz que não tendo sido atendida em seu pedido de que um fiscal estranho ao feito constataste a veracidade dos percentuais aplicados pelo Auditor quando da apuração da base de cálculo induzido pela ABCFARMA “*externou a pré-disposição dessa corte em olvidar as razões de defesa apresentadas pelo autuado*”. Afirma que é inadmissível que um produto que custou R\$79,08 tenha a sua base de cálculo para efeito de imposto para R\$2.639,16. Afirma que todos os produtos auditados estão na mesma situação. Afirma que somente por meio de uma revisão é que ficará esclarecido o engano cometido pelo autuante. Insiste no pedido da designação de um fiscal estranho ao feito para “*necessária constatação das irregularidades cometidas pelo ilustre autuante*”.

A Sra. procuradora representante da PGE/PROFIS em seu Parecer opinativo inicialmente diz que “*o recorrente não carregou aos autos nenhum elemento novo, restando claro, portanto, que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram resguardados e assegurados ao contribuinte, tornando-se ainda mais incontroverso, que as razões recursais apresentadas não são capazes de elidir a presente autuação, que esta pautada na mais absoluta regularidade*”. Em seguida observa que por amor ao debate irá adentrar ao mérito da questão no que respeita ao tópico relativo a legalidade da apuração da base de cálculo do ICMS utilizando os preços constantes na revista ABCFARMA, tendo em vista que foi o único questionamento levantado pelo recorrente. Faz um alentado Parecer onde destaca o Art. 371, I, “a” c/c art. 61 e 125, I, “a” do RICMS/97, o art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, o art. 17 da Lei nº 7.014. Comenta sobre a Pauta Fiscal para efeito de substituição tributária, cita e transcreve o art. 18 do CTN, o Art. 19 da Lei do ICMS da Bahia – nº 7.014, bem como o seu parágrafo único. Cita também a Lei nº 10.742/03, que legitimou a Tabela ABCFARMA e transcreve a Resolução da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos de nº 2 de 14/03/2005 e volta a citar e transcrever o art. 8º da LC 87/96 e art. 19 da Lei nº 7.014, por fim cita e transcreve Acórdão do STJ sobre a matéria bem como anexa cópia do inteiro teor da Decisão que considerou legal a base de cálculo do ICMS advinda da Revista da ABCFARMA. Conclui pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos, o Recurso Voluntário apresentado pela representante do contribuinte limita-se a recorrer da Decisão de forma genérica. Não traz ao processo documentos, demonstrativos ou outras provas capazes de demonstrar este ou aquele equívoco presente na Decisão recorrida. A argumentação vazia sobre a base de cálculo não é capaz de modificá-la. A revisão fiscal necessita ser justificada.

Observo que, mesmo diante da argumentação pouco substancial a Sra. Relatora na JJF se deu ao trabalho de detalhar todas as infrações e justificar de forma clara e absolutamente dentro da lei o porquê das decisões em cada uma delas.

Não há como dar guarida a argumentos despidos de conteúdo fático e jurídico. Concorro inteiramente com a Decisão da JJF e acompanho o excelente opinativo da PGE no sentido de que o recorrente não trouxe aos autos nenhum elemento novo. Todos os que os princípios que regem o processo administrativo fiscal foram respeitados em particular o do contraditório e da ampla defesa assegurados ao contribuinte. Os fatos narrados constituem infrações claras à legislação do ICMS e as razões recursais apresentadas não são capazes de elidir a presente autuação, sendo em consequência a Decisão da JJF totalmente procedente.

Votamos no sentido do NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206984.0007/06-8, lavrado contra **PARENTE COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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 por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII, do artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS