

**PROCESSO** - A. I. Nº 102104.0006/06-7  
**RECORRENTE** - WELLPHARMA DISTRIBUIDORA LTDA. (REALPHARMA DISTRIBUIDORA)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0085-05/07  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 05/10/2007

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJE Nº 0359-12/07**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Correta a Decisão que tem como fundamento a interpretação de que existindo preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial, este deve ser utilizado para determinação da base de cálculo nas operações com medicamentos, caso contrário, deve ser adotada a Margem de Valor Agregado prevista na legislação. Exigências subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da Primeira Instância que considerou Procedente o Auto de Infração que deu origem ao presente Processo Administrativo Fiscal, o contribuinte através de advogado legalmente habilitado interpõe visando modificá-lo.

O lançamento de ofício levado a efeito em 20/06/2006, exige ICMS no total de R\$1.521.721,13, acrescido da multa de 60%, tendo em vista a falta de 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 no Anexo 88 ao RICMS/BA cujos cálculos obedeceram aos seguintes critérios, uma vez que o contribuinte possui Termo de Acordo (Dec. nº 7.799/00) previsto para atacadistas:

INFRAÇÃO 1 - Para os produtos que possuem PMC foi aplicado o percentual de 27% sobre o valor de aquisição, limitado a 5% do PMC, previsto no Parágrafo único do art. 3º-A, do referido decreto, apurando-se um imposto devido no montante de R\$1.363.710,60;

INFRAÇÃO 2 – Para os produtos que não possuem PMC, foi utilizada a MVA, além da aplicação na base de cálculo de uma redução de 28,35%, prevista no art. 3º-A, do mesmo decreto, apurando-se um imposto devido no montante de R\$158.010,53.

Tendo em vista as alegações defensivas, e a constatação de que efetivamente a documentação que o autuado entregou para a realização da ação fiscal ainda permanecia na INFAZ Barros Reis, conforme reconheceu a autuante em sua informação à fl. 168, e ainda considerando o princípio da ampla defesa, esta JJF converteu o presente processo em diligência à INFAZ ATACADO (fl. 172), a fim de que o autuado fosse intimado para receber a documentação acima mencionada, inclusive as Notas Fiscais de Entrada que foram objeto da autuação, informando-lhe, na oportunidade, que o prazo de defesa ficaria reaberto por 30 (trinta dias) para que, querendo, pudesse se manifestar. O autuado foi intimado à fl. 173, conforme solicitado na diligência, porém não se manifestou.

Em seu voto o Sr. relator da Primeira Instância inicialmente rejeita a preliminar de nulidade argüida pelo impugnante, haja vista que apesar de inicialmente não ter sido fornecido ao contribuinte os demonstrativos do Auto de Infração, bem como não ter sido devolvida as notas fiscais de entradas que foram objeto da autuação, pelo fato do mesmo não ter sido localizado, tais falhas foram devidamente sanadas através das intimações e recibos de recebimentos às fls. 154, 156 e 173. Ressalta que na diligência solicitada, ao tempo em que o autuado foi intimado para receber as notas fiscais de entradas, o prazo de defesa foi reaberto por 30 (trinta dias) para que, querendo, pudesse se manifestar. E concluindo a primeira parte da sua manifestação afirma que:

*“as eventuais falhas foram devidamente sanadas, não havendo mais do que se falar em cerceamento do direito a ampla defesa, uma vez que as formalidades legais restaram devidamente cumpridas, conforme dispõe o art. 18, parágrafo 1º, do RPAF/99,”* que transcreve. Destaca ainda: *“os elementos constitutivos do PAF descrevem de forma satisfatória a situação verificada, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário”*.

No que diz respeito ao mérito observa que o autuado em sua defesa limitou-se a requerer a nulidade da autuação, argumento já analisado no início do voto que proferiu, e que não adentrou no mérito da lide. Observa que pelo disposto no art. 140, do RPAF/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Considerou correto o procedimento fiscal, e ressaltou que os elementos constitutivos do processo comprovaram que a base de cálculo foi apurada nos termos previstos na legislação tributária, de acordo com os demonstrativos às fls. 31 a 106 (Demonstrativo de Cálculo do ICMS Substituição/Antecipação Tributária com base no PMC – infração 1); e às fls. 11 a 29 (Demonstrativo de Cálculo do ICMS Substituição/Antecipação Tributária com base no MVA – infração 2), e votou pela procedência do lançamento.

O recorrente, como retro afirmamos, manifesta-se inicialmente (fls. 202 e 215), sobre a tempestividade do Recurso bem como sobre o seu conhecimento e a reiteração das já apresentadas “razões de defesa”. Transcreve a ementa da Decisão e o conteúdo das infrações. Em seguida apresenta trinta e dois parágrafos abordando uma série de temas e que assim podemos resumir: comentário sobre: o “dever jurídico de pagar um tributo”; outorga de competência; os elementos constitutivos do tipo tributável e o nascimento do dever jurídico de pagar um imposto; procedimento administrativo, legalidade e tipicidade cerrada; exigência pelo Estado Federado de uma prestação pecuniária quando efetivamente realizar uma operação de circulação de mercadoria; lei integrativa e a Lei Complementar nº 87/96; não constatação do ilícito tributário; não ocorrência da infração em vista dos princípios aplicáveis ao processo e procedimentos administrativos; cita e transcreve: os arts. 2º, 153 e 180m do RPAF e o art. 333, I, do CPC, este último dispõe que o ônus da prova incube ao autor quanto a fato constitutivo do seu direito. Em seguida comenta a respeito do “cerceamento do direito de defesa e da violação dos princípios do processo administrativo tributário” e diz ter havido cerceamento de defesa e sobre o tema faz referência ao art. 5º, LV da Constituição Federal bem como trechos doutrinários sobre o assunto, que transcreve, como já o fizera quando da impugnação. Anota, ainda, breves comentários sobre os princípios da razoabilidade, moralidade pública, legalidade e proporcionalidade. Ao final, requer o encaminhamento a PGE/PROFIS e a realização de uma diligência “a fim de que confirme o que aqui está dito” e que seja reformada a Decisão para considerar Improcedente a presente ação fiscal.

A Sra. procuradora diz que após análise dos autos que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais, esta acompanhado de papéis de trabalho que elucidam as infrações imputadas corretamente tipificadas. Afirma que a JF tomou as providências necessárias para a correta intimação do contribuinte fato esta devidamente confirmado às fls. 160 inclusive quanto a reabertura do prazo de defesa. Observa que *“em sede de recurso, o contribuinte não traz qualquer argumentação de mérito, insistindo na alegação de nulidade, e mesma assim de forma lacônica, sem precisar que falha teria prejudicado o exercício de seu direito de defesa. Mesmo empreendendo esforço, para identificar que suposta irregularidade que macularia o processo fiscal, não foi possível localizar, razão pelo qual não vislumbro razão para decretação de nulidade.”*

Conclui seu Parecer afirmando que não há alegação de mérito e que não merece reparo a Decisão recorrida. Opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Como vimos, trata-se de exigência de ICMS, tendo em vista a falta de 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 no anexo 88, cujos cálculos obedeceram aos seguintes critérios, uma vez que o contribuinte possui Termo de Acordo (Decreto nº 7.799/00) previsto para atacadistas: infração 1 - para os produtos que possuem PMC foi aplicado o percentual de 27% sobre o valor de aquisição, limitado a 5% do PMC, previsto no parágrafo único do art. 3º-A, do referido decreto; infração 2 – para os produtos que não possuem PMC, foi utilizada a MVA, além da aplicação na base de cálculo de uma redução de 28,35%, prevista no art. 3º-A, do mesmo decreto.

O próprio caminhar do processo diz bem do cuidado que tiveram tanto a administração tributária quanto o órgão julgador. Não há como bem colocaram os representantes do Estado, nenhuma falha processual tampouco desrespeito a qualquer princípio de ordem constitucional ou infraconstitucional. O recurso apresentado nada mais é do que uma peça jurídica de conteúdo dogmático interessante, mas que não guarda pertinência com o mérito da questão tributária aqui analisada. Nem de longe o assunto é tocado. Senão vejamos: não há discussão sobre o “dever jurídico de pagar um tributo nem tampouco sobre outorga de competência. Da mesma forma não há nos autos nenhuma discussão direta sobre os elementos constitutivos do tipo tributável e nascimento do dever jurídico de pagar um imposto. O processo administrativo aplicado respeitou, como retro afirmamos, a legalidade e demais princípios que lhe servem de fundamento. Não há discussão genérica sobre operação de circulação de mercadoria e sim a constatação de que houve sim, circulação de mercadorias, no caso medicamentos, sem observar o que a lei prescreve sobre a sua forma de tributação. O ilícito tributário está sobejamente constatado. As provas da infração estão sobejamente demonstradas. Não houve, repetimos nenhum desrespeito ao direito de defesa tampouco violação dos princípios do processo administrativo tributário. Os trechos doutrinários sobre o assunto, que transcreveu, representam importantes aportações ao estudo dos temas, mas inaplicáveis ao presente PAF. Ao final atendendo ao pedido do ilustre advogado os autos foram encaminhados a PGE/PROFIS como reza a lei e a mesma emitiu o seu Parecer opinativo. Quanto a realização de uma diligência “*a fim de que confirme o que aqui está dito*” cremos ser desnecessária. A uma porque o que foi “dito” pela Fazenda Pública já está devidamente comprovado e a duas porque o que o patrono da autuada “disse” não há como provar, pois a nada concretamente ele se referiu.

Concluo acompanhando a Sra. Procuradora, entendendo também, que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais, acompanhado de papéis de trabalho que elucidam as infrações imputadas e corretamente tipificadas e que o recorrente não trouxe qualquer argumentação de mérito, limitando-se, sem sucesso, a insistir na alegação de nulidade, sem aduzir de forma concreta que falha teria prejudicado o exercício da ampla defesa. Ratifico que não merece reparo a Decisão recorrida. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **102104.0006/06-7**, lavrado contra **WELLPHARMA DISTRIBUIDOR LTDA. (REALPHARMA DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.521.721,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS