

A. I. N° - 281078.0010/06-9
AUTUADO - ATHOS FARMA SUDESTE S.A
AUTUANTES - CLÁUDIA AZEVEDO SILVA
ORIGEM - IFEP - COMÉRCIO
INTERNET - 25. 05. 2007

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0131-04/07

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS (MEDICAMENTOS) A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. O Autuado não apresentou quaisquer elementos que possibilitassem desconstituir a exigência fiscal. Infrações caracterizadas. Rejeitados os requerimentos de perícia e diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2006, impõe ao autuado as seguintes infrações:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de fevereiro, maio, junho e agosto de 2001, exigindo ICMS no valor de R\$ 2.632,46;
2. Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de maio a dezembro de 2001, exigindo ICMS no valor de R\$ 3.114,01. Na descrição dos fatos, a autuante ressalta que foram utilizadas as tabelas de preços publicadas na revista ABCFarma para o cálculo do ICMS substituição tributária, nos casos de produtos que não possuem o preço publicado, foram utilizados o percentual de MVA de 51,46% previsto no convênio de medicamentos 76/94.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 146 a 153), onde argumenta que o Auto de Infração não poderá prosperar, haja vista que os valores mencionados estão incorretos. A fim de comprovar tal fato, destaca na defesa as notas fiscais nº 365440, 366382 e 367742 citadas pela fiscalização, que demonstra claramente que o valor apropriado como crédito está incorreto, pois, os livros fiscais não foram analisados.

Assevera que a autuação está baseada em mera presunção, que a jurisprudência e a melhor doutrina, têm declarado como causa de nulidade. Diante disso, entende que para a ação fiscal subsistir, seria necessário que a fiscalização refizesse os cálculos mediante diligência ao seu estabelecimento.

Continuando a sua defesa, o impugnante cita as palavras de GERALDO ATALIBA para afirmar que não basta a simples presunção da ocorrência de irregularidades, é necessário que sejam comprovadas, o que no presente caso, não ocorreu. Disse que esse entendimento encontra respaldo no CTN, art. 148, o qual descreve.

Questiona a aplicação de juros com base na taxa SELIC, uma vez que entende que a mesma não pode ser aplicada como sanção, por atraso no pagamento de uma obrigação tributária. Cita doutrina de diversos juristas sobre a matéria, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja anulado, ou não sendo o caso, que seja realizada uma diligência na empresa para que a autuação seja refeita. Protesta pela realização de sustentação oral e por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a perícia contábil.

A autuante em sua informação fiscal, fls. 172 a 177, Esclarece que o trabalho foi desenvolvido dentro das normas legais do Convênio nº 81/93 e do Convênio 76/94, conjuntamente com a Lei Complementar nº 87/96, Lei Estadual nº 7.014/96 e RICMS/BA. Aduz que todo o trabalho está respaldado pelo Convênio ICMS 57/95, alterado pelo Convênio 31/99, que dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de SEPD e a cláusula décima terceira do Convênio 81/93, que prevê que o estabelecimento remetente deverá enviar, mensalmente, ao estado destinatário, arquivo magnético contendo os registros fiscais das operações interestaduais efetuadas por ele.

Quanto à alegação de que os valores apropriados como créditos das notas fiscais nº 365440, 366382 e 367742 estão incorretos, salienta que o contribuinte não comprova tal afirmação e para que não reste dúvidas quanto aos cálculos, informa que os mesmos estão discriminados no demonstrativo de débito, anexo 2, fl. 53 do PAF, comprovando que o ICMS foi apropriado corretamente e, de fato, havia diferenças de ICMS ST a recolher.

Discorda da alegação de mera presunção, tendo em vista que todo o trabalho foi desenvolvido baseado nas informações prestadas pela empresa, seja pelos dados enviados pelo SINTEGRA, seja pelos dados informados nas GIA-ST, também pelas notas fiscais retidas no trânsito de mercadorias, emitidas pela empresa, tendo como destinatários contribuintes localizados no estado da Bahia.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da taxa SELIC, relembra que esta discussão foge da competência estabelecida para este Órgão Julgador.

Ao final, ratifica todos os termos contidos na autuação e solicita o julgamento totalmente procedente do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração exige imposto do autuado por ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitadas pelo defendente, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99. Os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa, tendo em vista, ainda, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

Quanto ao argumento defensivo de que os valores são incertos, pois, a fiscalização presumiu com base em alguns documentos e não em livros fiscais, entendo que não deve ser acolhido, tendo em vista que de acordo com a cláusula décima terceira do Convênio 76/94 “O estabelecimento que efetuar retenção do imposto remeterá à Secretaria de Fazenda, Finanças ou Tributação das unidades da Federação de destino, mensalmente”:

I - arquivo magnético com registro fiscal das operações interestaduais efetuadas no mês anterior, ou com seus registros totalizadores zerados, no caso de não terem sido efetuadas operações no período, inclusive daquelas não alcançadas pelo regime de substituição tributária, em conformidade com a cláusula oitava do [Convênio ICMS 57/95](#), de 28 de junho de 1995, até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao da realização das operações;

II - Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS - Substituição Tributária, em conformidade com a cláusula oitava do [Ajuste SINIEF 04/93](#), de 09 de dezembro de 1993.

Assim, constato que as infrações foram apuradas através dos documentos e arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio contribuinte, juntamente com as notas fiscais capturadas no trânsito de mercadorias, não sendo necessário que a fiscalização seja realizada no estabelecimento do autuado.

Verifico que o autuado não trouxe aos autos nenhum documento que indicasse haver erro nos demonstrativos elaborados pela autuante anexados aos autos, demonstrando a necessidade de diligência ou perícia. Portanto, indefiro as solicitações de diligência e perícia, com base no art. 147, I e II do RPAF/99, pois entendo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção a respeito da matéria bem como por entender desnecessária em vista dos demonstrativos anexados pelo autuante.

No mérito, observo que o contribuinte é signatário do Convênio 76/94, sendo, neste caso, responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS referente à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes das mercadorias, com base no preço máximo de venda a consumidor fixado por autoridade competente, quando o Estado de origem tiver aderido ao referido Convênio.

Deste modo, o impugnante, sediado no Estado do Espírito Santo, encontra-se devidamente cadastrado no Estado da Bahia como contribuinte substituto, e não questiona a sua obrigação como responsável por substituição, referente ao pagamento do ICMS relativo à substituição tributária na operação interestadual de venda para contribuintes localizados neste Estado através das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos que embasam a autuação.

O autuado aduz em sua defesa que os valores apropriados como créditos fiscais do ICMS nas notas fiscais nº 365440, 366382 e 367742 estão incorretos, entretanto, constatei no anexo 2, fl. 53 do presente processo 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 ABCFARMA, Desse modo, considero que não há qualquer ilegalidade na base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, pois a mesma foi calculada corretamente de acordo com as disposições contidas no Convênio nº 76/94, recepcionado no artigo 61, I do RICMS/BA.

O impugnante questiona a impossibilidade da aplicação de juros com base na variação da Taxa Selic, todavia, a declaração de inconstitucionalidade não se inclui na competência deste CONSEF, conforme estabelece o art. 167, I do RPAF/99. Ressalto que no que diz respeito à taxa SELIC, a mesma está prevista em lei (art. 102, I e II do COTEB), e repetida no art. 138-B, I e II, do RICMS/97, após a Alteração nº 29 (Decreto nº 8.087, de 27/12/2001).

Diante do 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 **281078.0010/06-9**, lavrado contra **ATHOS FARMA SUDESTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 5.746,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR