

A. I. N° - 281078.0003/07-0
AUTUADO - ATHOS FARMA SUDESTE S.A
AUTUANTES - CLÁUDIA AZEVEDO SILVA
ORIGEM - IFEP - COMÉRCIO
INTERNET - 12.09.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0259-02/07

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, exige ICMS no valor de R\$6.532,67, impondo ao autuado as seguintes infrações:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$ 2.849,51, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de novembro e dezembro de 2003, janeiro a outubro de 2004, conforme demonstrativos às fls.10 a 15.

2. Retenção a menor o ICMS, no valor de R\$3.683,16, 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 janeiro, março, maio, setembro, novembro e dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, conforme demonstrativos às fls.16 a 56.

Foram dadas como infringidas as Cláusulas Segunda, Terceira e Quarta do Convênio ICMS nº 76/94 e alterações posteriores, com aplicação da multa prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Na descrição dos fatos, a autuante ressalta que a fiscalização foi efetuada de forma não presencial, e que para realização dos roteiros fiscais foram utilizados documentos e notas fiscais fornecidas pela empresa e os dados constantes nos sistemas da SEFAZ Bahia referentes a GIA-ST, extratos de recolhimentos de ICMS ST, notas fiscais capturadas no trânsito de mercadorias e arquivos magnéticos transmitidos pelo SINTEGRA. Além disso, informa que utilizou as tabelas de preços publicadas na revista ABCFarma para o cálculo do ICMS substituição tributária, e nos casos de produtos que não possuem o preço publicado, foi utilizado o percentual de MVA de medicamentos previsto no Convênio ICMS 76/94.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 168 a 174), argüindo que o Auto de Infração está eivado de vícios que o tornam nulo, com base nas seguintes razões de fato e de direito.

1. Ausência de liquidez e segurança - argumenta que o Auto de Infração não poderá prosperar, em virtude dos valores mencionados estarem incorretos. A fim de comprovar esta alegação, o defendente tomando como exemplo a Nota Fiscal nº 992530, citada pela fiscalização, diz que o valor

apropriado como crédito do ICMS está incorreto. Ressalta que consta consignado no auto de infração que a ação fiscal foi realizada de forma não presencial, e por isso, não havendo o exame de seus livros fiscais, os créditos fiscais não foram considerados corretamente, concluindo que a autuação está baseada em mera presunção, cuja 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 transcreve.

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, computando-se de forma correta os créditos fiscais do ICMS decorrentes do princípio da não-cumulatividade. Protesta pela realização de sustentação oral e por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a perícia contábil.

Foi requerido que todas as intimações sejam realizadas no endereço: Av. Afonso Pena, nº 4001, 7º andar, Bairro Serra, Belo Horizonte, MG, CEP 30.130-008, aos cuidados da Drª Izabel Cordeiro.

A autuante em sua informação fiscal às fls.184 a 188, esclareceu que a sua ação fiscal foi desenvolvida 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 pela 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 o valor apropriado como crédito da Nota Fiscal nº 992530, está incorreto, salienta que o contribuinte não comprova tal afirmação. Para comprovar que existe diferença do ICMS-ST a recolher, foi feita uma demonstração de cálculo da referida nota fiscal, a saber.

“Dados do item 11: Quantidade: 2; alíquota interestadual: 12%; Valor da Base de Cálculo ICMS ST: R\$32,08; Valor do Produto: R\$21,92; Valor dos Descontos: R\$0,60; ICMS Próprio: R\$2,57; ICMS retido pela empresa: R\$1,73.

Cálculo do demonstrativo: Cálculo do ICMS ST: $((32,08 \times 90\%) \times 17\%) = 4,91$ (ICMS ST Total). ICMS ST a recolher calculado: $4,91 - 2,57 = 2,34$. Quantidade: 2; alíquota interestadual: 12%; Valor da Base de Cálculo ICMS ST: R\$32,08; Valor do Produto: R\$21,92; Valor dos Descontos: R\$0,60; ICMS Próprio: R\$2,57; ICMS retido pela empresa: R\$1,73. Portanto, o ICMS ST calculado, após a dedução do ICMS próprio: $2,34 - 1,73$ (ICMS ST retido) = 0,61 (diferença 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.

Transcreveu a Cláusula Nona e o seu parágrafo único do Convênio 81/93, para mostrar que não se faz necessário que a fiscalização seja realizada no estabelecimento do autuado.

Argumenta que o processo não contém vícios formais que justifiquem a arguição de nulidade pelo sujeito passivo, não ocorrendo nenhuma das situações previstas no artigo 18 do RPAF/99, uma vez

que sua ação fiscal está embasada na Ordem de Serviço nº 507278/07, estando a natureza da infração devidamente identificada, o autuado, o montante do débito tributário, em conformidade com a legislação tributária, garantindo a ampla defesa.

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

Ressalta que a matéria idêntica à em discussão, em auto de infração lavrado contra o autuado, já foi julgada procedente pelo CONSEF através do Acórdão JJF nº 0131-04/07. Diz que foram rejeitados na referida resolução os pedidos de perícia e diligência, e que após a ciência da decisão o autuado efetuou o pagamento do débito.

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

VOTO

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 entendido perfeitamente a origem dos cálculos da exigência fiscal.

Com relação ao pedido do autuado para ser efetuada revisão fiscal do Auto de Infração, o indefiro por considerar que somente seria cabível se os preços utilizados na determinação da base de cálculo não fossem os adotados pelos autuantes, ressaltando-se que o autuado não comprovou qualquer erro nos dados dos documentos fiscais que justificasse o seu pedido.

No mérito, na análise das peças processuais verifica-se que o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir do autuado na condição de contribuinte substituto inscrito neste Estado, a diferença do imposto, por substituição tributária, correspondente a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias (medicamentos) realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Além disso, foi exigido também a falta retenção em diversas operações de vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O débito das duas infrações encontra-se devidamente demonstrado às fls. 10 a 56, com base no preço máximo de venda a consumidor publicado na revista especializada no setor farmacêutico, e nos casos de produtos que não possuem o preço publicado, foi utilizado o percentual de MVA de medicamentos previsto no Convênio ICMS 76/94, em cujos demonstrativos encontram-se a discriminação analítica de cada nota fiscal e dos valores do preço máximo ao consumidor de cada produto constante na nota fiscal, os valores do ICMS Substituição e o ICMS retido.

Conforme o Convênio 76/94, o fabricante de medicamentos é 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 autuado, na qualidade de indústria farmacêutica sediada 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 a substituição tributária na operação interestadual de venda para contribuintes localizados neste Estado através das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos que embasam a autuação.

Portanto, estando o estabelecimento autuado, na data do lançamento, inscrito regularmente no Estado da Bahia, na qualidade de contribuinte substituto, aderiu às normas do Convênio ICMS 76/94, obrigando-se a proceder a retenção do ICMS quando da venda de seus produtos a contribuintes localizados neste Estado, como aliás o fez, apesar de ter incorrido em erro na determinação da base de cálculo.

Com relação a base de cálculo para determinação da exigência fiscal, não há como prosperar o argumento defensivo de que os valores apurados estão incorretos, a exemplo de que o valor apropriado como crédito fiscal do ICMS na Nota Fiscal nº 992530 está incorreto, visto que conforme demonstrado no Anexo 2, fl.43, a autuação deu 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.

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., 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”, como aliás, nestes casos é a jurisprudência reinante nos órgãos julgadores do CONSEF.

Não acato o argumento defensivo de que os valores são incertos, e que a fiscalização presumiu com base em alguns documentos e não em livros fiscais, 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 subsequente 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.

Portanto, está evidenciado nos autos que o contribuinte autuado, na infração 02 (Anexo 2, fls.16 a 56) não utilizou como base de cálculo da substituição tributária o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, publicado pela revista ABCFARMA, descumprindo a Cláusula 2ª do Convênio 76/94, e também deixou de proceder a retenção do imposto nas operações relacionadas no Anexo 1 (fls.10 a 15).

Por fim, o sujeito passivo 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).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281078.0003/07-0**, lavrado contra **ATHOS FARMA SUDESTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no

valor total de **R\$6.532,67**, 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, 05 de setembro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR