

PROCESSO - A. I. N° 206919.0125/03-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LABORATÓRIO TEUTO BRASILEIRO S/A.
RECORRIDOS - LABORATÓRIO TEUTO BRASILEIRO S/A.e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0121-04/07
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/02/2008

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0054-11/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS (MEDICAMENTOS) A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. **a)** RETENÇÃO A MENOS DO ICMS; **b)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. De acordo com o Convênio ICMS 76/94 o sujeito passivo por substituição, quando inscrito no Estado da Bahia, é responsável 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. Infrações parcialmente comprovadas. Mantida a Decisão. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão n° 0121-04/07, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

A acusação fiscal é de que o contribuinte deixou de recolher o montante de R\$1.380.617,86, acrescido das multas de 60% e 150%, sob acusação de retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento (infração 1, no valor de R\$1.161.340,79) e a falta de recolhimento do ICMS retido (infração 2, no valor de R\$219.277,07), na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias (medicamentos) realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A Decisão recorrida foi pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$1.057.208,76, pelas seguintes razões:

1. A Credencial para Fiscalização Tributária, n° 123/2005, emitida pelo Superintendente de Gestão da Ação Fiscal, da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, em 1º de dezembro de 2005, autorizava a ação fiscal de interesse do Estado da Bahia, durante o período de 1/12/2005 a 31/12/2005, relativamente às operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fulcro no Convênio ICMS 81/93, de mútua colaboração entre os Estados e o Distrito Federal, tendo sido solicitado informações fiscais do autuado, referente à saída de mercadorias com destino ao Estado da Bahia no período de 01/01/2000 a 31/08/2000, conforme consignado no Termo de Início de Fiscalização (fl. 5).
2. Quanto ao prazo de decadência para exigência do tributo, observou a JJF que o lançamento tributário foi realizado em 13/12/2005, dentro do prazo decadencial para o Estado exigir o imposto, conforme dispõe o art. 173, I do CTN, incorporado à Lei Estadual n°. 3.956/81 e ao RICMS/97 através do seu art. 965, I, os quais determinam que o direito de a Fazenda Pública

constituir o crédito tributário extinguir-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Registra que a determinação do art. 150, § 4º do CTN, somente se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, mas o Estado da Bahia possui legislação própria fixando prazo à homologação do lançamento. Aduz que os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2000, ou seja, os fatos geradores em relação a este exercício só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2006.

3. Quanto à argüição de inconstitucionalidade, ressalta a JJF que de acordo com o disposto no art. 167, I, do RPAF, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.
4. No mérito, quanto à infração 01, foi detectado que o sujeito passivo descumpriu a determinação da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 que estabelece a base de cálculo para fins de substituição tributária, como 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, o que em consequência determinou a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento ao Estado da Bahia, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Registra que a base de cálculo encontrada pelo autuante decorreu da tabela de preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo contribuinte autuado, constante às fls. 90 a 96, cujos cálculos encontram-se nas planilhas de fls. 24 a 88 inclusive versos. Contudo, verificou a JJF que na elaboração original dos cálculos do imposto a ser exigido, o autuante não observou a redução da base de cálculo de 10%, fato por ele corrigido na informação fiscal, o que reduziu a imposição fiscal de R\$1.161.340,79 para R\$870.698,87, conforme planilha de fl. 205 dos autos, do que concorda com o valor retificado.
5. No tocante à segunda infração, a Decisão recorrida foi por concordar com os argumentos do autuante, em refutar as Notas Fiscais nºs 106931 e 92867, anexadas pela defesa como prova de que houve devolução das mercadorias, por haver inconsistências entre a venda e a devolução, como também de não aceitar as Notas Fiscais de nºs 3463 A, 3462 A, 21003, 21004, 4231, 614, acostadas para justificar o crédito pelas devoluções de mercadorias, pois não constam, conforme exige a legislação do ICMS, a discriminação do número da nota fiscal de aquisição a que se refere a devolução, consoante artigo 368 do RICMS, o qual disciplina a forma de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido, o que não foi obedecido pelo autuado. Porém, apesar destas notas fiscais não terem sido aceitas para reduzir o valor do ICMS/ST, o autuante considerou outras, efetuando novo cálculo da infração, reduzindo o valor exigido para R\$186.509,89, conforme planilha de fl. 203 dos autos, o que é acatado na Decisão recorrida, por entender que mesmo a empresa estando situada em outro Estado da Federação, as normas disciplinadoras relativas a documentos fiscais são firmadas em Convênios, pelo SINIEF, aos quais os Estados da Federação estão obrigados a seguir suas determinações.

Por fim, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a douta 4ª JJF recorre de ofício da Decisão proferida para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Inconformado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 340 a 375 dos autos, no qual alega que:

1. A nulidade do Auto de Infração por decurso de prazo e por falta de credenciamento prévio junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, uma vez que a fiscalização foi iniciada em agosto de 2005 com a intimação do sujeito passivo para apresentar a documentação fiscal, de modo que, inexistindo a prorrogação desse ato, incontestável é a nulidade do Auto de Infração lavrado em 13/12/2005, seja por decurso de prazo, seja pela ausência do credenciamento prévio, vez que, este somente foi emitido em 01 de dezembro de 2005, relativo ao período de 01 a 31 do mesmo mês e ano. Salienta o recorrente que a única credencial para fiscalização existente nos autos somente autoriza a ação fiscal durante o período de 01/12/2005 a 31/12/2005, relativamente às operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Assim, entende

que o Termo de Intimação, expedido em agosto de 2005 e com validade até novembro do mesmo ano, macula de nulidade o Auto de Infração, vez que a credencial para fiscalização autorizava o auditor a atuar no Estado de Goiás no período entre 01 a 31 de dezembro de 2005, sendo nulo o levantamento realizado pelo fisco baiano em empresa sediada em outra unidade da Federação sem o prévio credenciamento, nos termos da cláusula nona do Convênio ICMS 81/93, por afrontar o princípio da territorialidade.

2. Aduz o recorrente ser flagrante a ocorrência da decadência, pois a lavratura do Auto de Infração, revisando o lançamento por homologação feito pelo contribuinte, somente ocorreu em dezembro de 2005, quando já passados os cinco anos da data da ocorrência do fato gerador, realizado de janeiro a agosto de 2000, quando já se tinha implementado o fenômeno decadencial, consoante art. 150, § 4º, e não 173, I, ambos do CTN. Ressalta que a Lei nº. 7.014/96 que revogou expressamente a Lei nº. 4.825/89, permanecendo aplicáveis, todavia, os dispositivos do COTEB e da legislação extravagante, ainda em vigor, que não conflitassem com as normas do recém publicado diploma legal, o qual não trouxe nenhuma alusão ao prazo para homologação do lançamento do imposto feito pelo contribuinte e que somente a partir de 14/12/2002, quando já havia ocorrido o fato gerador do ICMS discutido no presente Auto de Infração, portanto não lhe sendo aplicável tal dispositivo, com o acréscimo dos artigos 107A e 107B, feitas pela Lei nº. 8.534 de 2002 ao COTEB, é que a legislação tributária estadual voltaria a prever um prazo para a homologação do tributo feito pelo contribuinte. Assim, sustenta o recorrente que, sendo flagrante a inaplicabilidade do disposto no art. 28 do COTEB, também é flagrante a inconsistência da Decisão recorrida quando se fundamenta no citado dispositivo, sendo inquestionável a aplicação vinculante do art. 150, § 4º, do CTN sobre a decadência, por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação e ter sido feito o pagamento entendido como devido, ocorrendo a homologação tácita e operando-se a decadência do direito de a Fazenda apontar qualquer falha. Cita doutrina e jurisprudência.
3. No mérito, aduz que a linha de defesa traçada pelo autuado baseia-se na aplicabilidade do disposto no § 3º do artigo 23 da Lei nº. 7.014/96, diante da inexistência do órgão público competente para fixar o preço máximo de venda ao consumidor, e assim a obrigatoriedade de serem observadas as exigências contidas no referido dispositivo, sob pena de flagrante ilegalidade, vez que, a definição da base de cálculo é matéria de reserva legal, nos termos do art. 97, IV, do CTN. Ressalta que, da análise dos demonstrativos apresentados, verifica-se que o autuante calculou os valores com base em tabela de preços na qual consta o preço de fábrica do produto e aquele sugerido para consumo, consoante cláusula segunda do Convênio 76/94. Defende que o mencionado dispositivo não pode ser aplicado por acarretar a apuração do ICMS lastreado em base de cálculo fictícia, além de estar em conflito com a legislação vigente no Estado da Bahia, ou seja, o art. 23, § 3º, da Lei nº. 7.014/96, o qual determina o preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo fabricante desde que este seja, comprovadamente, o preço utilizado pelo contribuinte substituído. Sustenta que os preços constantes nas tabelas dos fabricantes e publicados em revista especializadas não são aqueles efetivamente praticados pelos comerciantes substituídos, pois não são controlados, mas apenas sujeitos a margem de comercialização, por força do disposto na Portaria 463/91 em conjunto com a de nº 37/92 do Ministério da Economia e Planejamento. Logo, não há como afirmar que são praticados.
4. Reitera sua argüição sobre a ilegalidade de definir base de cálculo por portaria e, por conseguinte, a flagrante inaplicabilidade do disposto na cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, por afrontar o princípio da legalidade, assim como a impossibilidade de cobrar tributo lastreado em base de cálculo fictícia, a qual deverá corresponder ao efetivo valor da operação. Cita doutrina e jurisprudência.
5. No que diz respeito à segunda infração, aduz ser fruto de uma série de equívocos, pois o autuante ao refazer o levantamento, de forma totalmente ilegal, deixou de considerar diversas notas fiscais sob a alegação de que estas não continham determinados requisitos meramente formais, cobrando o imposto supostamente devido. Salienta o recorrente ser ilegal se cobrar ICMS incidente sobre operação inexistente, pois, se as mercadorias foram devolvidas, não há

que se falar em imposto a pagar, uma vez que o erro formal não é fato gerador de ICMS, cabendo se buscar a verdade material. Sustenta que se houve erro no cumprimento de alguma obrigação acessória, a punição deve ser a aplicação de multa, no máximo, e não cobrança do imposto.

Por fim, requer a declaração da nulidade do Auto de Infração e, acaso superada essa preliminar, que seja declarada a decadência que fulmina o levantamento fiscal, bem assim, acolhidas as razões aduzidas, julgando pela sua total improcedência.

Em seu Parecer, às fls. 381 a 392 dos autos, a PGE/PROFIS através de sua representante, Drª. Aline Solano Souza Casali Bahia, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que:

1. Acompanha integralmente as razões expostas no Acórdão JJF nº. 0121-04/07, quanto à ausência de nulidade por decurso de prazo;
2. Entende que não deve ser acolhida a preliminar de nulidade por falta de apresentação da credencial para fiscalização tributária, pois consta, à fl. 06, a Credencial para a Fiscalização Tributária nº 123/2005, emitida pelo Superintendente de Gestão da Ação Fiscal, da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, em 01/12/2005, que autorizava o agente do fisco a proceder a diligência de interesse do Estado da Bahia, durante o período de 01/12/2005 a 31/12/2005, relativamente às operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária com fulcro no Convênio ICMS 81/93 de mútua colaboração entre os Estados e o Distrito Federal. Ressalta que, conforme bem salientado no acórdão, a necessidade de credenciamento decorre da autonomia dos Estados da Federação e envolve apenas a relação entre os Estados Federados signatários do Convênio, uma vez que o credenciamento não diz respeito, nem interfere na relação jurídica de direito material tributário existente entre o Estado da Bahia e o contribuinte (sujeito passivo tributário), visto que os fatos geradores e os tributos incidentes sobre eles continuam existindo independentemente de haver ou não prévio credenciamento para a fiscalização.
3. Quanto à decadência, aduz que o marco inicial do prazo decadencial é, em princípio, o fato gerador da obrigação tributária. Porém, a legislação baiana, respaldada em autorização legal – parágrafo quarto do art. 150 do CTN – fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial, consoante art. 28 do COTEB. Assim, entende que a autuação procedida em 13/12/2005 foi correta, não se podendo falar em decadência dos créditos constituídos, relativos ao exercício de 2000.
4. No mérito, destaca que a determinação da base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, tem que ser analisada à luz da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e da Portaria 37/92 do então Ministério da Economia Fazenda e Planejamento, a qual estabelece o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para a venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Já o artigo 2º da Portaria nº. 37/92 estabelece o preço máximo de venda ao consumidor. Assim, pelo exposto, entende a PGE/PROFIS que o autuado estava obrigado a calcular o ICMS devido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mediante a forma prevista na cláusula segunda do Convênio 76/94, conforme apurado na ação fiscal. Reproduz os artigos 61 e 125, I, “a”, do RICMS, além do artigo 8º, §§ 2º e 3º da Lei Complementar nº. 87/96, assim como o art. 17, I, § 3º, I, da Lei nº. 7.014/96, cujas normas entende sedimentar a autuação.
5. Salienta que o regime de substituição tributária traz em seu bojo a realização de duas operações distintas. Na primeira, a base de cálculo será o próprio montante da operação mercantil. Entretanto, situação diferente ocorre nas operações subsequentes, quando acontece a responsabilidade por substituição, pois não há como se determinar, de forma precisa, a base de cálculo das operações posteriores, ou seja, o preço final que a mercadoria ou produto irá atingir no encerramento do ciclo comercial. Destaca que a LC nº 87/96 introduziu (art. 8º, §§ 2º e 3º) dispositivo para o estabelecimento do valor das operações subsequentes para efeitos de substituição tributária, a saber: **a)** quando o preço final consumidor de mercadoria ou serviço for fixado por órgão público, a base de cálculo do imposto será o valor fixado, **b)** quando não

houver fixação de preço final a consumidor, mas exista preço final sugerido pelo fabricante ou importador, a lei poderá estabelecer como base de cálculo este preço. Assim conclui que é justamente esta antevisão do elemento quantitativo do fato gerador do tributo que se denomina de instituto da base de cálculo tributária arbitrada (pauta fiscal), que difere frontalmente do regime de arbitramento, previsto no art. 148 do CTN, por não prescindir de qualquer conduta do contribuinte para o seu desencadeamento, mas, isto sim, da imprevisão da concreção do fato juridizado (“dever ser”) no mundo dos fatos reais (“ser”). Assim, entende a PGE/PROFIS que não há como se acolher a tese recursal de que a lista de PMC seria um arbitramento dissimulado praticado pelo autuante.

6. Aduz ser insubstancial a tese do recorrente de inexistência de previsão legislativa para utilização da pauta fiscal, pois, conforme preconiza o artigo 19 da Lei nº. 7014/96, trilhado em permissivo constitucional, a existência de pauta fiscal é absolutamente possível, cujos requisitos para aplicação da pauta fiscal nas operações interestaduais dependerá da celebração de convênio ou protocolo entre a Bahia e as unidades da Federação envolvidas, para definição dos critérios de fixação dos respectivos valores, consoante parágrafo único, inciso IV, do citado dispositivo. Registra que neste sentido foi firmado o Convênio 76/94 que estabeleceu como base de cálculo das operações o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo industrial. Assim, aduz que não há como se enuviar a disposição legal existente para a fixação da base de cálculo invectivada, inclusive em consonância com o disposto na Lei Complementar 87/96.
7. No tocante à segunda infração, ressalta a PGE/PROFIS que o levantamento fiscal consistiu no cruzamento entre os valores do ICMS-ST destacado nos documentos fiscais e os valores retidos mensalmente, nos meses de janeiro, fevereiro, março, junho, julho e agosto de 2000. Destaca que o recorrente limita-se a dizer que esta exigência é fruto de uma série de equívocos e que ocorreram várias devoluções de mercadorias sendo que o valor do ICMS constante nesta infração deveria ser ajustado, pois efetivamente não ocorreram as operações de circulação de mercadorias, no montante originalmente exigido. Contudo, não comprova efetivamente a existência destes equívocos. Sustenta que é do contribuinte, ao impugnar a exigência fiscal, o ônus de provar o que alegou. Cita os artigos 142 e 143 do RPAF/BA.

Às fls. 395 a 399 dos autos, o patrono do recorrente requer a juntada de cópia da sentença proferida nos autos da Ação de Mandado de Segurança nº. 1419686-2007, em curso perante a 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, na qual fora decretada a extinção do crédito tributário formalizado pelo Auto de Infração nº. 108529.0001/05-0, por ter sido fulminado pela decadência do que esclarece que o referido Auto de Infração foi lavrado em situação idêntica ao objeto do presente processo administrativo, tendo sido julgado Procedente por esse CONSEF. Requer também a juntada de outras decisões proferidas pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, as quais confirmam o entendimento esposado pelo recorrente de que, nas hipóteses de pagamento a menor, o prazo decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação é de 5 anos contados do fato gerador. Assim, reitera o pedido para que seja acatada a preliminar de decadência aduzida.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida desonerado parcialmente o sujeito passivo dos débitos exigidos nas infrações 1 e 2, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, em relação às mesmas infrações, consoante alínea “b” do citado dispositivo legal.

Devo ressaltar que o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir do autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes às vendas de medicamentos realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, a diferença do ICMS retido a menos (infração 1), como também o ICMS retido e não recolhido (infração 2).

Inicialmente, da análise do Recurso Voluntário, rejeito a preliminar de decadência do direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores ocorrido no exercício de 2000, pois, embora o § 4º do artigo 150 do CTN estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual após decorridos cinco anos previstos legalmente, é aceito pelo sujeito ativo da relação tributária.

Contudo, tal entendimento não se pode aplicar quanto às operações e lançamentos em que o sujeito passivo omite do Fisco, deixando de oferecer à tributação, levando o Poder Tributante a recuperá-los mediante lançamento de ofício. Tal entendimento não pode ser diferente, uma vez que, se não houve lançamento e, consequentemente, oferecimento à tributação, não se pode falar em “*tributos sujeitos ao lançamento por homologação*”.

Assim, neste caso, o prazo para contagem da decadência deve ser o previsto no artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No presente caso, o descumprimento das obrigações tributárias, ora questionadas, ocorreu no exercício de 2000 e o Auto de Infração foi lavrado em 13/12/2005, portanto dentro do prazo para a constituição do crédito tributário, o qual se extinguiria em 31/12/2005. Logo, não se operou a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Inerente à sentença proferida nos autos da Ação de Mandado de Segurança nº. 1419686-2007, em curso perante a 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, na qual fora decretada a extinção do crédito tributário formalizado pelo Auto de Infração nº. 108529.0001/05-0, apensada aos autos pelo recorrente às fls. 400 a 417, seus efeitos não atingem ao PAF nº. 206919.0125/03-7, ora em exame.

No tocante à preliminar de nulidade do Auto de Infração por falta de credenciamento prévio junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, uma vez que a fiscalização foi iniciada em agosto de 2005 com a intimação do sujeito passivo para apresentar a documentação fiscal, corrobora com o entendimento da Decisão recorrida e da PGE/PROFIS de que a Credencial para Fiscalização Tributária, nº. 123/2005, emitida pelo Superintendente de Gestão da Ação Fiscal, da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, em 1º de dezembro de 2005, autorizava a ação fiscal de interesse do Estado da Bahia, durante o período de 01/12/2005 a 31/12/2005, consoante Convênio ICMS 81/93, de mútua colaboração entre os Estados e o Distrito Federal, conforme consignado no Termo de Início de Fiscalização à fl. 5 do PAF. Ademais, devo salientar que o sujeito passivo está inscrito no cadastro de contribuinte do ICMS da SEFAZ do Estado da Bahia na condição de contribuinte substituto, logo sujeito a fiscalização nesta modalidade.

Quanto ao mérito, inerente à primeira infração, da análise das razões do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, constato que as mesmas são incapazes de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, uma vez que o art. 61, § 2º do RICMS/97 explicita que a determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária de produtos farmacêuticos será feita em consonância com o Convênio ICMS 76/94 e suas alterações posteriores. Já o art. 11 da Lei nº. 7.014/96 dispõe que “*Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento*”.

Por sua vez, o Convênio ICMS 76/94, em sua cláusula segunda, prevê que 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.

É notório que os medicamentos de uso humano possuem preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, por exigência da ANVISA, cujas listas fornecidas pelas indústrias foram elevadas à categoria de preço sugerido pelo órgão competente, conforme dispositivo da Portaria nº 37/92 do extinto Ministério da Fazenda e Planejamento.

Assim, diante do exposto, conclui-se que a base de cálculo para medicamentos é o valor do preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial e divulgado ao público, que, no caso concreto, é superior ao utilizado pelo autuado, do que entendo caracterizado o recolhimento a menos do imposto relativo à substituição tributária, conforme documentos apensados aos autos, cujos demonstrativos consigna de forma analítica, por nota fiscal e por medicamento, a diferença a recolher do imposto. Portanto, o levantamento fiscal está correto, descabendo qualquer correção da Decisão recorrida, na qual já contempla as retificações necessárias.

No que diz respeito à segunda infração, também não logrou êxito o recorrente em destituir a acusação fiscal, limitando apenas em alegar a “existência de uma série de equívocos”, uma vez que o autuante, ao refazer o levantamento, deixou de considerar diversas notas fiscais sob a alegação de que estas não continham determinados requisitos meramente formais, cobrando o imposto supostamente devido. Devo ressaltar que as notas fiscais refutadas pelo autuante em sua informação fiscal decorreram do fato de não prestarem como prova da alegação de que foram devolvidas as mercadorias, por haver inconsistências entre a venda e a devolução ou, por motivos óbvios, por não vincular a nota fiscal de aquisição a que se refere à devolução, conforme exige a legislação do ICMS em seu art. 368 do RICMS.

Quanto ao Recurso de Ofício interposto, comungo integralmente com a Decisão recorrida que julgou parcialmente procedentes as duas infrações, em razão de:

1. Se verificar que na elaboração original dos cálculos do imposto a ser exigido na primeira infração, o autuante não observou a redução da base de cálculo de 10%, fato por ele corrigido na informação fiscal, o que reduziu a imposição fiscal de R\$1.161.340,79 para R\$870.698,87, conforme planilha de fl. 205 dos autos;
2. No tocante à segunda infração, de se excluir do levantamento original as devoluções devidamente comprovadas, reduzindo o valor exigido de R\$219.277,07 para R\$186.509,89, conforme demonstrado à fl. 203 dos autos.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário para manter inalterada a Decisão recorrida, remanescendo o valor de R\$1.057.208,76.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206919.0125/03-7, lavrado contra LABORATÓRIO TEUTO BRASILEIRO S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$1.057.208,76, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$870.698,87 e 150% sobre R\$186.509,89, previstas no art. 42, II, “e” e V, “a”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS