

A. I. N° - 149269.0030/06-4
AUTUADO - NORDESTÃO COMERCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET 15.06.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°.0114-05/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infração mantida. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente comprovada. 3. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA. MULTA. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/03/2006, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$107.919,02, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado da Apuração do ICMS (Simbahia). Exercícios de 2002 e 2004. (Valor histórico: R\$21.200,30 e Multa de 50%).
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. (Valor histórico: R\$86.578,72; percentual de multa aplicada: 50%).
3. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (Declaração do Movimento Econômico de Micro Empresa). (Multa no valor de R\$140,00).

O autuado ingressa com defesa às fls. 420 a 429, com suporte nas seguintes alegações:

Com relação à infração 1 elaborou demonstrativo do débito da empresa de pequeno porte, com base no movimento de entradas e saídas e demais elementos e apurou números diferentes do levantamento fiscal, no exercício de 2002 o valor de R\$4.085,99 e no exercício de 2004, o valor de R\$11.885,24. Reconhece parcialmente esta infração, no valor de R\$15.971,23.

Quanto à infração 2, aduz que a autuante montou duas espécies de planilhas, intituladas:

- a) demonstrativo do cálculo do ICMS substituição/antecipação tributária com base na MVA;
- b) demonstrativo do cálculo do ICMS substituição/antecipação tributária com base no PMC.

Afirma que ambas contêm irregularidades que tornam as imposições insubstinentes, de forma que:

1. As com base no MVA não contêm especificado os percentuais do MVA, referentes a cada produto, cerceando o direito de defesa.
2. Não foram considerados os impostos recolhidos, constantes nos DAEs, referente às Notas Fiscais n°s 026.292; 026.291; 157.624; 036.678; 036.677; 180.690; 003.361.
3. Os valores aplicados aos produtos com base nas revistas da ABCFARMA não se coadunam com os preços praticados no mercado.

4. Que a aplicação das tabelas da ABCFARMA vem de encontro às normas legais vigentes, e a revista é apenas um parâmetro que não leva em conta os descontos concedidos pela indústria.

Afirma que é sem precedente a aplicação de preços contidos nas tabelas da ABCFARMA, tendo em vista que a base de cálculo de medicamentos é apurada em consonância com o Convênio ICMS 76/95.

Reconhece a infração 3.

A autuante presta a informação fiscal, fls. 450 a 452, e combate os argumentos da defesa, pois na infração 1, o autuado não trouxe aos autos a planilha referente ao exercício de 2002 e nem demonstrou como chegou ao exercício de 2004. Sustenta que, na ação fiscal, elaborou as planilhas com base em documentos fiscais fornecidos pela empresa, ou seja, foram elaboradas com base nos dados constantes nos DAEs. Neste momento, ratifica os dados constantes das planilhas que foram anexadas ao processo, fls. 12/13, fazendo juntada das cópias dos referidos DAEs, constantes do sistema da SEFAZ.

Justifica que na infração 2 foram elaboradas duas planilhas, uma com base na MVA, e outra com base no PMC, ambas necessárias, pois nem todos os medicamentos e laboratórios constam da revista da ABCFARMA. Para se achar a base de cálculo do produto “medicamento”, aplica-se a norma prevista no art. 61, do RICMS, onde constam dois incisos:

- I. que prevê ser a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor,
- II. que na falta da fixação de preço previsto no inciso I, a base de cálculo será obtida tomando-se como base o montante formado pelo preço do remetente incluindo os demais custos de IPI, frete, seguro e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas constantes do Convênio ICMS 76/94.

No que concerne à alegação de que os impostos, recolhidos de algumas notas fiscais, não teriam sido considerados, admite que somente de duas notas fiscais isto ocorreu, Nota Fiscal nº 026.292, de 11/04/2002, no valor de R\$53,18 e Nota Fiscal nº 003.361, de 22/07/2004, no valor de R\$252,28. As demais notas fiscais, os impostos recolhidos foram lançados nas planilhas de PMC, conforme demonstrativo abaixo:

| DATA | NOTA FISCAL | VLR ICMS RECOLHIDO | LANÇAMENTO |
|------------|-------------|--------------------|------------|
| 11/04/2002 | 26292 | 53,18 | FL.23 |
| 21/08/2002 | 157624 | 177,37 | FL. 24 |
| 20/08/2003 | 36678 | 113,87 | FL.176 |
| 30/08/2003 | 36677 | 206,10 | FL.176 |
| 08/01/2004 | 180690 | 135,90 | FL. 292 |

Assim, acata os valores atribuídos às Notas Fiscais nºs 26.292 e 3.361, devendo-se diminuir os valores de R\$53,18 em abril/2002 e de R\$252,18 em julho/2004.

O autuado cientificado da informação fiscal, vem aos autos, fls. 487 e inicialmente registrou que a defesa foi protocolado em 12 de maio de 2006 e um ano depois a autuante produziu a informação fiscal, quando a legislação dá um prazo de dez dias.

Ratifica a defesa, e ressalta que a planilha da infração 2 não especifica os percentuais do MVA, o que cerceia seu direito de defesa. Acosta a planilha relativa ao exercício de 2002, apontada na infração 1. Reconhece o auto de infração no valor de R\$16.111,23.

A autuante, na fl. 496, reitera os argumentos apresentados na informação fiscal, fls. 450 a 452, anexa novas planilhas, com os índices de MVA, para satisfazer a exigência do autuado. Opina pela procedência parcial da autuação, haja vista que acatou os valores das Notas Fiscais nºs 26.292 e 3.361, conforme consta na informação fiscal, fl. 452.

Após ser encaminhado cópia da informação fiscal e das novas planilhas, fls. 496 a 506, o autuado manifesta-se, fls. 510 a 515 e estranha a diversificação dos percentuais para medicamentos. Com relação às planilhas com base no PMC, afirma que nada restou esclarecido. Salienta que não foi observado o direito ao crédito de 8%, por se tratar de uma empresa de pequeno porte, conforme disposto no art. 408-S do RICMS/97.

A autuante, fl. 520, ratifica a informação fiscal anterior, e esclarece que na infração 2 foram considerados os valores do ICMS destacados nas notas fiscais. Outrossim, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição tributária, prevista no RICMS/97, não é diferente em função de a empresa ser enquadrada na condição de normal ou empresa de pequeno porte. Quanto aos índices de MVA, estão previstos no Convênio ICMS 76/94. Opina pela Procedencia Parcial do Auto de Infração, como anteriormente justificado.

VOTO

Inicialmente destaco que foram elaboradas e entregues novas planilhas, ao sujeito passivo, com os índices de MVA, garantindo o direito à ampla defesa e ao contraditório, pelo que não encontra qualquer irregularidade na lavratura do presente Auto de Infração.

No mérito, na infração 1 está sendo exigido ICMS em razão da falta de recolhimento, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (Simbahia), nos exercícios de 2002 e de 2004.

O autuante elaborou as planilhas de fls. 12/13, “*Demonstrativo de Débito da Empresa de Pequeno Porte*”, apontando os valores devidos em cada mês em que as diferenças ocorreram, tendo sido considerados o abatimento de incentivo ao emprego e o ICMS recolhido.

O autuante ratifica a infração, no exercício de 2002, traz de novo a planilha na fl. 453, juntamento com os extratos de pagamentos, fls. 454 a 478 do PAF. Já o contribuinte procede à juntada de planilha de fl. 492 relativa ao exercício de 2002, mas não demonstra como chegou aos números ali apontados, nem apontam quais seriam os supostos erros cometidos pelo autuante na planilha originária.

Quanto ao exercício de 2004, o mesmo procedimento foi adotado pelo autuante, planilha original na fl. 13, sendo que o autuado rebate a acusação elaborando nova planilha, com valores que reconhece, fl. 492, mas não comprova de onde retirou as divergências.

Deste modo, mantenho a infração no seu valor original, e aplico o disposto no art. 141 e o art. 142 do RPAF/99: “*Se qualquer das partes aceitar fato contra ele invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação*” e “*A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*”.

Infração mantida.

Na infração 2 está sendo exigido ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias (produtos farmacêuticos), provenientes de fora do Estado, relacionados no demonstrativo e notas fiscais de fls. 19 a 414 do PAF.

De acordo com o artigo 371 do RICMS/97, “*nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, (...) o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação...*”.

O autuante considerou o preço com base na publicação da Revista da ABCFARMA, cuja cópia foi entregue ao autuado em CD, conforme recibo de fl. 497, e também o considerou com base no PMC

indicado nas notas fiscais, quando o produto ou o laboratório não estava listado na citada revista especializada.

Ocorre que o contribuinte não se conforma com os valores indicados na Revista, e também insurge-se contra a variação dos índices da MVA, ou seja, adquire as mercadorias junto aos fabricantes, pelo valor efetivamente praticado, e que deveria ser aplicado apenas a MVA prevista, ou seja, deveria ser aplicada a regra do artigo 61, inciso II e § 2º, inciso I, do RICMS/97, para a apuração da base de cálculo do ICMS, qual seja, o percentual de 60,07%, a título de MVA, incidente sobre o valor da nota fiscal, e não o preço constante em revistas especializadas (ABCFARMA, CIRUS etc), como efetuado pelo preposto fiscal.

O RICMS/97, no inciso I do § 2º do artigo 61, determina que:

Art. 61. (omissis)

§ 2º Para efeitos de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos a seguir indicados, a determinação da base de cálculo será feita segundo os seguintes critérios:

I - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS nº 4/95, inclusive quanto à redução da base de cálculo para fins de substituição tributária, em 10%, não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7%.

Por sua vez, o Convênio ICMS 76/94 e suas alterações posteriores determinam que:

Cláusula segunda 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.

§ 1º - Inexistindo o valor de que trata o "caput", a base de cálculo será obtida tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de (...):

(...)

§ 4º - A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento).

Verifica-se, da análise dos autos, que o autuante utilizou a fórmula prevista no *caput* da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, em relação aos produtos com preços publicados em Revista especializada, aplicou o redutor de 10% determinado no § 4º da mencionada Cláusula segunda, consoante planilhas de fls. 23 a 25, exercício de 2002.

Assim, o procedimento fiscal contem, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do imposto.

Outrossim, foram adotados o preço do remetente das mercadorias adicionado das despesas de frete e seguro e da margem de valor agregado, deduzido o percentual de 10%, para as mercadorias cujos preços de venda não constam da revista editada pela ABCFARMA, consoante as planilhas de fls. 20 a 22 do PAF.

Quanto à alegação de que os valores pagos do imposto não teriam sido considerados, o autuante admite que somente de duas notas fiscais isto ocorreu, Nota Fiscal nº 026.292, de 11/04/2002, no valor de R\$53,18 e Nota Fiscal nº 003.361, de 22/07/2004, no valor de R\$252,28. As demais notas fiscais, os impostos recolhidos foram lançados nas planilhas de PMC, conforme demonstrativo abaixo:

| DATA | NOTA FISCAL | VLR ICMS RECOLHIDO | LANÇAMENTO |
|------------|-------------|--------------------|------------|
| 11/04/2002 | 26292 | 53,18 | FL.23 |
| 21/08/2002 | 157624 | 177,37 | FL. 24 |
| 20/08/2003 | 36678 | 113,87 | FL.176 |
| 30/08/2003 | 36677 | 206,10 | FL.176 |
| 08/01/2004 | 180690 | 135,90 | FL. 292 |

Assim, acata os valores atribuídos às Notas Fiscais nºs 26.292 e 3.361, devendo-se diminuir os valores de R\$53,18 em abril/2002 e de R\$252,18 em julho/2004, no que concordo.

Deste modo, a infração fica parcialmente mantida.

A infração 3 foi reconhecida pelo autuado.

Do exposto voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 149269.0030/06-4, lavrado contra **NORDESTÃO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$107.473,66**, acrescido da multa de 50%, previstas no art. 42, I, “b” item 3, 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimentos de obrigações acessórias, no valor de **R\$140,00**, previstas no art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR