

A. I. Nº - 206833.0012/08-8
AUTUADO - N LANDIM COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26. 05. 2009

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0116-01/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA À CONTRIBUINTE INSCRITO NO ESTADO DA BAHIA NA CONDIÇÃO DE ATACADISTA. **a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O levantamento levado a efeito pelo autuante demonstra, detalhadamente, através de demonstrativos acostados aos autos, a forma como foram apuradas as infrações. Infrações não elididas. Rejeitadas as nulidades argüidas. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/08/2008, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 103.973,04, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 98.131,35, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a erro na determinação da base de cálculo do ICMS substituto quer seja por não aplicar corretamente o Preço Máximo sugerido ao Consumidor (PMC), conforme tabela Anvisa ou a Margem de Valor agregado (MVA) quando não sujeitos ao controle de preços, para produtos constantes no Convênio ICMS 76/94. Detalhes sobre procedimentos de cálculo conforme demonstrativos anexos denominados: "ANEXO I A- JAN-JUL/2004-DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST POR ITEM –CONVÊNIO ICMS 76/94 e ANEXO I B-AGOT-DEZ/2004, idem, que informam por item de nota fiscal as diferenças de ICMS ST a recolher. ANEXO II A – JAN-JUL/2004-DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST POR NOTA FISCAL –CONVÊNIO ICMS 76/94 e ANEXO II B-AGOS-DEZ/2004, idem, que informam por nota fiscal as diferenças de ICMS ST a recolher: ANEXO III A – JAN/JUL/2004-DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST POR MÊS –CONVÊNIO ICMS 76/94 e ANEXO III B-AGO-DEZ/2004, idem, que resumem a nível mensal as diferenças apuradas. Nos Anexos I A e I B estão demonstradas e reclamadas apenas as diferenças com imposto a recolher, baseadas em informações constantes no registro 54 do Arquivo Sintegra que por sua vez foram conferidas, por processo de amostragem, com as respectivas notas fiscais. Os produtos para cuja base de cálculo da substituição tributária foi aplicado PMC estão indicados com a sigla "PMC" na coluna "MVA/PMC" e o PMC encontra-se na coluna G(PMC) dos anexos I A e I B e o valor de partida para o cálculo é o PMC multiplicado pela quantidade de unidades do medicamento; para os produtos sem preço controlados, isto é, que não possuem PMC, foi aplicada a MVA sobre o valor da base de cálculo do icms próprio (valor de partida) e estão indicados com a sigla "MVA" na coluna "MVA/PMC" e o percentual da MVA encontra-se na coluna F (MVA%) dos mesmos anexos. O Anexo I A é constituído por 2.391 páginas e o Anexo I B é constituído

por 1.739 páginas e encontram-se apensos ao processo em formato de mídia (CD), devidamente autenticada, cujo termo de autenticação encontra-se também anexo, tendo em vista o enorme número de páginas. Apenas as cinco primeiras e cinco últimas páginas de cada anexo foram impressas a título exemplificativo. Ao rodapé encontram-se maiores explicações sobre os procedimentos de elaboração dos demonstrativos.

2. Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 809,49, acrescido da multa de 60%. Consta que detalhes sobre os procedimentos de cálculo estão nos demonstrativos anexos denominados ANEXOS IV A-JAN-JUL/2004,-DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST POR ITEM-PROTOCOLO 15/85 e ANEXO IV B-AGO-DEZ/2004, idem que informam por item de nota fiscal as diferenças de ICMS ST a recolher; ANEXO V A – JAN-JUL/2004,-DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST POR NOTA FISCAL – PROTOCOLO 15/85 E ANEXO V B-AGO-DEZ/2004, idem, que informam por nota fiscal as diferenças de ICMS ST a recolher; ANEXO VI A-JAN-JUL/2004-DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST POR MÊS -PROTOCOLO 15/85 E ANEXO VI B-AGO-DEZ/2004, idem que resumem a nível mensal as diferenças apuradas. No anexo IV estão citados apenas os itens com diferença de imposto a recolher, com base de informações constantes no registro 54 do Arquivo Sintegra que por sua vez foram conferidas, por processo de amostragem, com as respectivas notas fiscais. Ao rodapé do relatório encontram-se maiores explicações sobre os procedimentos de elaboração do demonstrativo.

3. Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 5.032,20, acrescido da multa de 60%. Consta que detalhes sobre os procedimentos de cálculo estão nos demonstrativos anexos denominados ANEXOS VII A-JAN-JUL/2004,-DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST POR ITEM-PROTOCOLO 16/85 e ANEXO VII B-AGO-DEZ/2004, idem, que informam por item de nota fiscal as diferenças de ICMS ST a recolher; ANEXO VIII A-DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST POR NOTA FISCAL – PROTOCOLO 16/85 E ANEXO VIII B-AGO-DEZ/2004, idem, que informam por nota fiscal as diferenças de ICMS ST a recolher; ANEXO IX A-JAN-JUL/2004-DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS ST POR MÊS -PROTOCOLO 16/85 E ANEXO IX B-AGO-DEZ/2004, idem, que resumem a nível mensal as diferenças apuradas. No Anexo VII A e VII B estão citados apenas os itens com diferença de imposto a recolher, com base de informações constantes no registro 54 do Arquivo Sintegra. Ao rodapé do relatório encontram-se maiores explicações sobre os procedimentos de elaboração do demonstrativo.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 418 a 422), ressaltando que o autuante anexou ao presente Auto de Infração inúmeros demonstrativos acerca dos cálculos que ele utilizou para apontar a diferença na base de cálculo aplicada pela defendant na retenção do ICMS substituto, no entanto, em nenhum momento o autuante informa o fundamento fático (valor de partida) da base de cálculo arbitrada para aferir o valor inerente à suposta diferença, cerceando o seu direito de defesa. Argui a nulidade da infração 01, conforme os artigos 2º, 18, II eIV, “a”, 39, IV “b” e V, todos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, que reproduz. Acrescenta que, diversamente do autuado pretende demonstrar na peça de defesa a real base de cálculo que deveria ter sido aplicada nas respectivas operações.

Prosseguindo, diz que a antecipação tributária, com ou sem substituição tributária, adota três modalidades de base de cálculo diversas e excludentes entre si, conforme o artigo 61 do RICMS/BA, que são:

- a) preço fixado por autoridade competente;
- b) preço sugerido pelo fabricante;
- c) o valor praticado pelo fornecedor, aditando-se, ai, algumas outras rubricas.

Afirma que na peça vestibular não se identifica a modalidade de base de cálculo cabível no caso, e ressalta que no enquadramento sequer se identifica o dispositivo, bem como em qual das modalidades acima referidas é aplicável ao caso.

Argúi, também, a nulidade das infrações 02 e 03, por não informarem em qual das modalidades de base de cálculo se aplica ao caso, não sendo possível identificar qual das hipóteses de incidência corresponde à suposta infração arrolada no Auto de Infração. Sustenta existir carência de fundamentação legal, bem como, ofensa ao seu direito de defesa.

Continuando, afirma que em decorrência do enorme volume de notas fiscais e pagamentos efetivados, se faz necessária a realização de perícia nos documentos fiscais da empresa, a fim de verificar a veracidade da diferença existente entre o valor retido e o recolhido, e o valor efetivamente devido, por não ter o autuante demonstrado o critério adotado na apuração do valor exigido.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, bem como, a realização de perícia pelo volume de notas fiscais anexadas sob a forma de amostragem, apresentando os seguintes quesitos:

- “b) Identificar os produtos objetos da autuação, a respectiva base de cálculo, ICMS devido na qualidade de contribuinte substituto e seus fundamentos legais;
- c) Nas operações indicadas na autuação houve retenção do ICMS Substituto pela Autuada?
- d) O ICMS retido foi recolhido.?
- e) Identificar qual a modalidade de base de cálculo adotada pelo Fisco e seu respectivo fundamento legal;
- f) Comparar os levantamentos referidos nas alíneas “a” e “c”, determinando as respectivas diferenças;
- f) Existe diferença entre o imposto retido e recolhido pela Autuada e o imposto devido, aplicando-se a base de cálculo obtida do questionamento acima? Caso exista diferença ela se coaduna com a diferença encontrada pelo Autuante?”

O autuante prestou informação fiscal(fls. 1325 a 1329), na qual contesta a alegação defensiva referente à ausência de informação sobre a base de cálculo, dizendo que na descrição da infração 1, à fl. 2 dos autos, está informada de forma clara o valor de partida para a base de cálculo do ICMS-ST. Diz que após os esclarecimentos sobre a finalidade de cada demonstrativo anexado ao Auto de Infração, é mencionado na 14^a linha que: “.Os produtos para cuja base de cálculo da substituição tributária foi aplicado PMC estão indicados com a sigla “PMC” na coluna “MVA/PMC” e o PMC encontra-se na coluna G(PMC) dos anexos I A e I B e o valor de partida para o cálculo é o PMC multiplicado pela quantidade de unidades do medicamento; para os produtos sem preço controlados, isto é, que não possuem PMC, foi aplicada a MVA sobre o valor da base de cálculo do icms próprio (valor de partida) e estão indicados com a sigla “MVA” na coluna “MVA/PMC” e o percentual da MVA encontra-se na coluna F (MVA%) dos mesmos anexos.”.Acrescenta que, além disso, os demonstrativos denominados ANEXO I-A e I-B(Convênio ICMS 76/94-Medicamentos), IV-A e IV-B(Protocolo ICMS 15/85-Filmes e Slides) e VII-A e VII-B (Protocolo ICMS 16/85- Lâminas de Barbear e Isqueiros), referentes ao período de janeiro a julho e agosto e dezembro de 2004, respectivamente para as letras A e B, todos mencionados no teor de cada infração, esclarecem, por si só, todo procedimento de cálculo da diferença do ICMS exigido, sendo citadas apenas as notas fiscais que teriam diferença de ICMS-ST a reclamar.

Prosseguindo, afirma que no final de do relatório de cada anexo, pode ser verificado onde foi obtida cada informação e qual a sua finalidade no demonstrativo, sendo citado, inclusive, ao final de cada infração que; “Ao rodapé do relatório encontram-se maiores explicações sobre os procedimentos de elaboração do demonstrativo”.

Diz ainda que, da análise dos anexos acima mencionados, verifica-se a existência de uma coluna denominada “MVA/PMC”, informando que o método aplicado na determinação da base de cálculo do imposto ou é PMC – Preço Máximo ao Consumidor, fixado por órgão competente, no caso a ANVISA, normalmente informado em revistas especializadas com ABCFarma, Guia da Farmácia e outros, ou é MVA, Margem de Valor Agregado, aplicada sobre o preço do produto apenas quando não existe preço fixado.

Quanto às demais colunas dos demonstrativos, diz o seguinte:

Coluna MVA – informa o percentual de valor agregado aplicado, quando for o caso;

Coluna PMC- informa o Preço Máximo ao Consumidor utilizado para o medicamento, quando este constar na tabela;

Coluna BC ICMS ST Total (coluna H), está devidamente explicada no rodapé de cada folha do demonstrativo, esclarecendo que para o caso de produtos com MVA o valor de partida para o cálculo do ICMS substituto é a base de cálculo do ICMS informada pelo próprio contribuinte no Registro 54 do Arquivo Sintegra adicionado do MVA respectivo, que por sua vez é mencionado na Cláusula Segunda, Parágrafo Primeiro, itens 1, 2 ou do Convênio n/. 74/96, conforme o produto a que se refere, para o caso da infração 01.

Já para a infração 02, a Cláusula quarta, item I, do Protocolo ICMS 15/85. Para o caso da infração 03, a Cláusula quarta, item I, do Protocolo ICMS 16/85.

Acrescenta que no rodapé dos demonstrativos resta claro que o valor inicial para aplicação da MVA é a Base de Cálculo do ICMS próprio do contribuinte. Já para o caso de medicamentos com PMC, também é explicado no rodapé de cada demonstrativo, o valor inicial para o cálculo do ICMS ST é a quantidade constante na nota fiscal multiplicada pelo PMC.

Assevera ser óbvio que o contribuinte que atua no ramo de medicamentos sabe muito bem o significado de MVA ou PMC. Diz que para a infração 01 é aplicável a disposição do Convênio ICMS 76/94, Cláusula Segunda, no que concerne ao ICMS-ST para medicamentos e correlatos, conforme reproduz.

Reportando-se aos argumentos defensivos relativos à infração 02, afirma que é aplicável o Protocolo ICMS n. 15/85, Cláusula quarta, inciso I, conforme transcreve. Já para a infração 03, assevera que é aplicável o Protocolo 16/85, que tem exatamente o mesmo teor do Protocolo ICMS 15/85, sendo a única diferença o percentual de agregação a ser aplicado que é de 30%.

Com relação à perícia requerida pelo autuado, sustenta inexistir motivo para sua realização, apresentando as seguintes respostas ao questionamento apresentado:

“1. Identificar os produtos objetos da autuação, a respectiva base de cálculo, ICMS devido na qualidade de contribuinte substituto e seus fundamentos legais”.

Não deve prosperar já que os produtos objetos da autuação encontram-se relacionados nos Anexos I A e B, IV A e B e VII A e B do Auto de Infração, bem como, as respectivas bases de cálculo, do ICMS próprio e da substituição tributária.

2. Nas operações indicadas na autuação houve retenção do ICMS Substituto pela Autuada?

Diz que pode ser respondido observando-se a penúltima coluna dos Anexos citados, “ICMS Retido”.

3. O ICMS retido foi recolhido?

Afirma que o Fisco concluiu ao analisar os valores do ICMS retido x ICMS recolhido, que o valor retido foi devidamente recolhido durante o período analisado.

4 .Identificar qual a modalidade de base de cálculo adotada pelo Fisco e seu respectivo fundamento legal.

Diz que foi devidamente esclarecido, conforme descrito acima.

5. *Comparar os levantamentos referidos nas alíneas “a” e “c”, determinando as respectivas diferenças.*

Afirma que o defensor deve estar se referindo aos demonstrativos constantes nos Anexos I A e B, IV A e B, e VII A e B, do PAF, onde sugere comparar os PMC ali citados com os constantes na tabela ANVISA, publicada por instituições especializadas como Revista ABCFarma, cuja cópia encontra-se anexada aos autos.

6. *Existe diferença entre o imposto retido e recolhido pela Autuada e o imposto devido, aplicando-se a base de cálculo obtida do questionamento acima? Caso exista diferença ela se coaduna com a diferença encontrada pelo Autuante?*

Sustenta que a defesa é quem tem de analisar os demonstrativos disponíveis, entregues em meio magnético, representados pelos anexos I a IX, A e B, e informar onde estariam os erros para, se for o caso, o Fisco providenciar as correções.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de 03 (três) infrações imputadas ao autuado. A primeira, diz respeito à retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda de mercadorias (medicamentos) realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia. A segunda, trata de falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda de mercadorias (filmes e slides) realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia. A terceira, cuida de falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda de mercadorias (lâminas de barbear e isqueiros) realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

A princípio, no que concerne à argüição de nulidade da infração 01, por não estar demonstrado o fundamento fático (valor de partida) da base de cálculo arbitrada para aferir o valor inerente à diferença, cerceando o seu direito de defesa, conforme os artigos 2º, 18, II e IV, “a”, 39, IV “b” e V, todos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, constato que esta não pode prosperar.

Na realidade, o Auto de Infração e os seus anexos afastam qualquer dúvida sobre a forma como foi apurada a base de cálculo da infração 01, verificando-se, claramente, que o “valor de partida” do ICMS-ST, para as mercadorias cuja base de cálculo da substituição tributária foi aplicado o Preço Máximo de Venda a Consumidor-PMC estão indicadas com a sigla “PMC” na coluna “MVA/PMC” e o PMC encontra-se na coluna G(PMC) dos anexos I A e I B e o valor de partida para o cálculo é o PMC multiplicado pela quantidade de unidades do medicamento. Já para as mercadorias que não possuem PMC, foi aplicada a MVA sobre o valor da base de cálculo do ICMS próprio (valor de partida) e estão indicados com a sigla “MVA” na coluna “MVA/PMC” e o percentual da MVA encontra-se na coluna F (MVA%) dos mesmos anexos.

Nessa mesma linha estão as infrações 02 e 03, haja vista que o Auto de Infração e seus anexos detalham a forma como foi apurada a base de cálculo, identificando, claramente, as situações de cada infração apontada no Auto de Infração.

Relevante registrar que na defesa apresentada o autuado deixa claro conhecer os demonstrativos elaborados pelo autuante, quando afirma que: “*Ressalte-se que, o Fiscal Autuante anexou ao presente Auto de Infração inúmeros demonstrativos acerca dos cálculos que ele utilizou para apontar a diferença na base de cálculo aplicada pela Defendente na retenção do ICMS Substituto.*” Rejeito, portanto, as nulidades arguidas.

No que concerne ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria.

Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador, não sendo esse o caso do Auto de Infração em exame. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No mérito, constato que diversamente do alegado pelo autuado, o levantamento levado a efeito pelo autuante, identifica detalhadamente as três infrações e os critérios utilizados na apuração da base de cálculo, não tendo ocorrido arbitramento, conforme suscitado na peça defensiva.

Constatou que o autuante observou, corretamente, as disposições normativas aplicáveis a cada espécie de mercadoria, previstas no Convênio n. 76/94, Protocolo n. 15/85, Protocolo n. 16/85 e RICMS/BA, no levantamento realizado, utilizando o Preço Máximo de Venda ao Consumidor(PMC) ou a Margem de Valor Agregado(MVA), conforme o caso.

As mercadorias objetos da autuação, com as suas respectivas base de cálculo e fundamentos legais, estão discriminadas nos Anexos I A e B, IV A e B e VII A e B do Auto de Infração. Também, a coluna dos Anexos acima referidos, no caso específico da coluna “ICMS Retido”, não permite qualquer dúvida sobre a falta de retenção e recolhimento da diferença apontada na coluna diferença a recolher “Dif. a recolher”.

Noto que na peça defensiva apresentada o autuado não indicou, especificamente, a existência de erros no levantamento fiscal, bem como, não apresentou qualquer demonstrativo ou elementos de provas hábeis capazes de elidir a autuação, conforme exige o RPAF/99, nos seus artigos 123, 142 e 143.

No caso, caberia ao autuado demonstrar a inexistência das diferenças apontadas na autuação, inclusive, identificando a base de cálculo que entende como correta, após o exame dos demonstrativos e documentos apresentados pelo autuante, o que não foi feito.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. 206833.0012/08-8, lavrado contra **N LANDIM COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$103.973,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR