

A. I. Nº - 079269.0221/06-8
AUTUADO - GLOBOFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ DA ROCHA FALCÃO
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 03.03.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-04/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/10/2006, para constituir o crédito tributário no valor R\$128.983,33, em decorrência de:

- 1- Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$128.617,46, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no Anexo 88.
- 2- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$365,87, referente a antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

O autuado apresentou defesa, fls. 26/33, preliminarmente requerendo a nulidade da autuação alegando:

- 1- Preterição do direito de defesa por falta de fundamentação.
 - 2- Que o Auto de Infração não foi acompanhado dos demonstrativos e levantamentos elaborados na ação fiscal.
 - 3- Falta demonstração da base de cálculo.
 - 4- O fisco não forneceu cópia dos demonstrativos e levantamentos realizados pelo autuante.
- Ao tratar do mérito, argumenta que não merece outra sorte uma vez que o autuante não indicou a metodologia, o critério e o meio para chegar ao crédito reclamado.
- Ao final, requer a nulidade ou improcedência da autuação.

Na informação fiscal, fl. 39, o autuante salienta que o Auto de Infração foi embasado nos demonstrativos e documentos acostados às folhas 07 a 22 dos autos.

Salienta que não houve, em nenhum instante, preterição do direito de defesa, vez que a empresa declarou nas DMA's, documentos de folhas 11, 12 e 17, os mesmos valores, respectivamente, apurados e demonstrados nos documentos de folhas 07, 08, 09, 10, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21 e 22 dos autos e que são de pleno conhecimento do autuado, conforme declaração de recebimento em 06/11/2006 da 3ª via do Auto de Infração.

Ao final, opina pela manutenção da infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência à INFRAZ de origem, para que fosse fornecido ao autuado, mediante recibo, cópia dos levantamentos, demonstrativos e documentos acostados aos autos às folhas 07 a 22, informando a reabertura do prazo de defesa, 30 (trinta) dias.

O autuado recebeu cópia dos levantamentos, demonstrativos e documentos acostados aos autos às folhas 07 a 22, sendo informado da reabertura do prazo de defesa, 30 (trinta) dias, porém, não se manifestou.

A 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, mediante ACÓRDÃO JJF N° 0185-02/07, julgou procedente o Auto de Infração em tela, decisão que foi anulada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, por entender que houve cerceamento do direito de defesa, ao afirmar no voto que: "A par disso, verifica-se que o contribuinte levantou, no mérito, matéria importante para o deslinde da controvérsia administrativa, que se refere à apuração da base de cálculo do imposto lançado, questão esta que deve ser esclarecida e resolvida por este Conselho. A apreciação, todavia, neste segundo grau, importaria inadmissível supressão de instância, razão porque deve ser decretada a nulidade da Decisão objurgada, com o retorno dos autos à primeira instância administrativa, para que nova Decisão seja prolatada, com a apreciação de todas as razões deduzidas pelo sujeito passivo em sede de defesa."

Atendendo determinação da 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, o PAF foi submetido à nova pauta suplementar, tendo a 5ª JJF decidido por sua conversão em diligência à INFRAZ de origem, para que o autuante detalhasse, o máximo possível, como apurou a base de cálculo do imposto, indicando qual a **metodologia, o critério e o meio para chegar crédito reclamado, intimando o contribuinte sobre a reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias.**

Cumprida a diligência, o auditor fiscal autuante, fls. 102 e 103, esclarece que a base de cálculo foi apurada da seguinte forma:

METODOLOGIA – Elaboração de demonstrativos com elementos necessários à apuração da substituição tributária, com base nas informações constantes na nota fiscal.

CRITÉRIO – Aplicação da legislação que norteia a apuração da substituição tributária, incidente sobre mercadorias enquadradas no Anexo 88, do RICMS (inciso II, item 13 do artigo 353 do RICMS/BA – Convênio 76/94 – anexo 86);

MEIO PARA CHEGAR AO CRÉDITO RECLAMADO – Sintetização do critério determinado pela legislação pertinente para a apuração da substituição tributária de produtos farmacêuticos (Produtos enquadrado nos demonstrativos de fls. 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21 e 22 anexo aos autos), considerando:

Data – data de emissão da nota fiscal;

Número – número da nota fiscal;

Fornecedor – fornecedor das mercadorias constantes da nota fiscal;

Valor da nota – Valor total dos produtos constantes da nota fiscal (apenas os que se referem à substituição tributária (artigo 61, Incisos I e II do RICMS/BA);

PMC – Preço Máximo ao Consumidor divulgado em revista especializada ou tabelas fornecidas às farmácias e drogarias pelos fornecedores;

21% - percentual aplicado sobre o valor considerado da nota fiscal, conforme prevê a legislação pertinente (Artigo 3º A, Parágrafo Único do Decreto 7799/00 – Redação dada pelo Decreto 9.651 de 16 de novembro de 2005);

3,9% - percentual aplicado ao preço máximo ao consumidor, conforme prevê a legislação pertinente (Artigo 3º A, Parágrafo Único do Decreto 7.799/00 – Redação dada pelo Decreto 9.651 de 16 de novembro de 2005);

ICMS – maior valor apurado, e a ser considerado, entre o ICMS de 21% sobre o valor considerado da nota fiscal e o ICMS de 3,9% do preço máximo atribuído ao consumidor, conforme prevê a legislação pertinente;

% - percentual do valor da nota fiscal, cujo resultado não é tributado, valor apenas de uma referência.

A INFRAZ Feira de Santana, na quarta tentativa, mediante intimação acostada à folha 105 e AR – Aviso de Recebimento acostado à folha 106, cientificou o autuado sobre a diligência, tendo intimado-o sobre a reabertura do prazo de defesa, 30 dias, para se manifestar. Entretanto, o autuado não se manifestou.

VOTO

O presente lançamento exige ICMS decorrente de 02 infrações, sendo que na primeira infração é imputado ao autuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no Anexo 88.

Na segunda infração é imputada ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que não houve preterição do direito de defesa, uma vez que as infrações encontram-se devidamente fundamentadas, estando indicados no corpo do Auto de Infração os dispositivos infringidos. De igual modo, não procede a alegação de que o Auto de Infração não foi acompanhado dos demonstrativos e levantamentos e não consta a base de cálculo, pois os demonstrativos encontram-se às folhas 07, 08, 09, 10, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21 e 22 dos autos, inclusive indicando a base de cálculo.

Saliento que o PAF foi convertido em diligência, tendo o autuado recebido cópia de todos os levantamentos, demonstrativos e documentos acostados aos autos para embasarem a autuação.

Na última diligência realizada o autuante detalhou como apurou a base de cálculo, a qual ocorreu da seguinte forma.

METODOLOGIA – Elaboração de demonstrativos com elementos necessários à apuração da substituição tributária, com base nas informações constantes na nota fiscal.

CRITÉRIO – Aplicação da legislação que norteia a apuração da substituição tributária, incidente sobre mercadorias enquadradas no Anexo 88, do RICMS (inciso II, item 13 do artigo 353 do RICMS/BA – Convênio 76/94 – anexo 86);

MEIO PARA CHEGAR AO CRÉDITO RECLAMADO – Sintetização do critério determinando pela legislação pertinente para a apuração da substituição tributária de produtos farmacêuticos (Produtos enquadrados nos demonstrativos de fls. 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21 e 22 anexo aos autos), considerando:

Data – data de emissão da nota fiscal;

Número – número da nota fiscal;

Fornecedor – fornecedor das mercadorias constantes da nota fiscal;

Valor da nota – Valor total dos produtos constantes da nota fiscal sujeitas à substituição tributária (artigo 61, Incisos I e II do RICMS/BA);

PMC – Preço Máximo ao Consumidor divulgado em revista especializada ou tabelas fornecidas às farmácias e drogarias pelos fornecedores;

21% - percentual aplicado sobre o valor considerado da nota fiscal, conforme prevê a legislação pertinente (Artigo 3º A, Parágrafo Único do Decreto 7799/00 – Redação dada pelo Decreto 9.651 de 16 de novembro de 2005);

3,9% - percentual aplicado ao preço máximo ao consumidor, conforme prevê a legislação pertinente (Artigo 3º A, Parágrafo Único do Decreto 7.799/00 – Redação dada pelo Decreto 9.651 de 16 de novembro de 2005);

ICMS – maior valor apurado, e a ser considerado, entre o ICMS de 21% sobre o valor considerado da nota fiscal e o ICMS de 3,9% do preço máximo atribuído ao consumidor, conforme prevê a legislação pertinente;

% - percentual do valor da nota fiscal, cujo resultado não é tributado, valor apenas de uma referência.

O autuado embora tenha recebido cópia do resultado da diligência e tendo sido intimado da reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta), não se manifestou.

Também não se observa qualquer erro ou vício que possibilite a nulidade do Auto de Infração em tela.

No mérito, o regime de antecipação tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 8º, 4º, I, da Lei nº 7.014/97, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

§ 4º Será exigido o pagamento antecipado do imposto, a ser efetuado pelo próprio contribuinte, observado o disposto no § 6º do art. 23:

I - na entrada da mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado, tratando-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, ou sendo o destinatário microempresa comercial varejista.”

No mesmo sentido, o RICMS/97, no artigo 371, estabelece que 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, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Apesar de ter recebido todos os demonstrativos, e documentos acostados aos autos, mesmo sendo intimado sobre a reabertura do prazo de defesa em 30 dias, o autuado silenciou. Interpreto este silêncio como reconhecimento tácito da infração. Assim, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

No tocante a infração 02, ressalto que o regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei 7.014/97, incluído pela Lei 8.967/03, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

"Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica."

§ 3º Nas operações com álcool poderá ser exigida a antecipação parcial do imposto, na forma que dispuser o regulamento.

Saliento que, o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Da mesma forma que a infração anterior, apesar de ter recebido todos os demonstrativos, e documentos acostados aos autos, mesmo sendo intimado sobre a reabertura do prazo de defesa em 30 dias, o autuado silenciou. Interpreto este silêncio como reconhecimento tácito da infração. Assim, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **079269.0221/06-8**, lavrado contra **GLOBOFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$128.983,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR