

A. I. N° - 079269.0221/06-8
AUTUADO - GLOBOFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ DA ROCHA FALCÃO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 03.03.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 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 JF decidido por sua conversão em diligência à INFAZ 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 JF Nº 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 JF decidido por sua conversão em diligência à INFAZ 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 sujeitos 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 INFAZ 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 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 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 subseqüentes 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 4ª 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