

A. I. Nº - 232893.0907/08-6
AUTUADO - MDPHARMA PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA ROSALVA TELES
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 09.06.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-04/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Neste caso, os produtos consignados nas notas fiscais objeto da autuação estavam sujeitos à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, em consonância com o Convênio ICMS 76/94, celebrado entre a Bahia e o estado de origem das mercadorias. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/09/2008, exige ICMS no montante de R\$ 22.042,52, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, em função da falta de retenção do imposto, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Lavrado Termo de Apreensão e Ocorrências à fl. 05, de número 232893.0907/08-6.

Através de advogado regularmente constituído (instrumento de mandato à fl. 57), o sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 53 a 56. Após discorrer sobre os fatos, alega a não ocorrência da hipótese de incidência do fato gerador do imposto exigido, pois, segundo informa, os compradores desistiram da compra e não ocorreu a circulação jurídica das mercadorias objeto da autuação, que inclusive não foram entregues no seu destino. Desse modo, entende que deve ser afastada a cobrança, de vez que os produtos referidos nas notas fiscais números 4.024 e 3.998 não foram objeto do negócio jurídico de compra e venda entre o comerciante varejista e o consumidor final, não subsistindo a substituição tributária.

No tocante à base de cálculo utilizada na autuação, aponta a sua ilegalidade, pois o montante dos valores designados nas duas notas fiscais perfaz a quantia de R\$ 17.610,76 e o autuante tomou como parâmetro o valor de R\$ 136.913,40 (fls. 09 e 15), gerando um imposto devido maior do que o valor das notas fiscais. Entende que não há fundamentação legal para o uso de tal método e nem demonstração de onde adveio a base de tributação utilizada. Com referência à multa, reputa a mesma confiscatória, citando jurisprudência, pois ultrapassa 50% da quantia do imposto pretendido, motivo pelo qual deve ser afastada ou reduzida para 20%, sob pena de violação dos princípios da proibição de utilização de tributos com efeito de confisco e da isonomia tributária.

Por fim, requer a declaração de inocorrência do fato gerador do ICMS, a minoração da base de cálculo e o reconhecimento da ilegalidade da multa aplicada, com o seu afastamento ou redução na forma acima mencionada.

O auditor fiscal Sílvio Chiarot Souza ingressa com informação fiscal às fls. 88 e 89. Aduz que para a ocorrência do fato gerador do ICMS basta a circulação física das mercadorias, uma vez que a Lei nº 7.014/96 não trata de operação jurídica negocial, conforme argumenta o contribuinte. Diz que o mesmo, estabelecido em Estado consignatário do Convênio ICMS 76/94, vendeu medicamentos a contribuintes localizados neste Estado sem a reta substituição, o que contraria o disposto na sua cláusula primeira.

documentos de fls. 78 e 81, trazidos aos autos para demonstrar a não ocorrência do fato gerador, uma vez que observa “claramente terem sido feitos a seu mando no formato indicado, pois a semelhança entre eles é de tal ordem que seria impossível ocorrer senão a partir do mesmo autor. É, sem dúvida, um documento forjado”. Quanto ao percentual de multa, registra não competir a este Conselho apreciar sua constitucionalidade.

Conclui pela procedência do Auto de Infração.

Na pauta de 30 de junho de 2009, conforme documento de fl. 94, a 4^a Junta de Julgamento Fiscal decidiu converter o processo em diligência, para que a autuante assinasse os documentos de fls. 09 e 15. Solicitou-se que o sujeito passivo fosse novamente intimado após o cumprimento do que foi solicitado, reabrindo-se assim o prazo para defesa.

Concluída a diligência, o contribuinte foi intimado (fl. 98), sendo que ingressou com manifestação às fls. 101 a 105, onde repetiu os termos da peça defensiva.

Às fls. 126 e 127 a autuante junta informação fiscal.

Assevera que houve, entre outros, pedido de nulidade do autuado.

Em seguida, argumenta que não cabe falar em entrega de mercadoria para caracterizar a responsabilidade por substituição, pois o fato gerador ocorre na saída. Assim como o auditor fiscal que elaborou a primeira informação, volta a colocar em dúvida a idoneidade dos documentos acostados para demonstrar a não realização de negócio jurídico.

No tocante à base de cálculo, afirma ter sido determinada tomando por base o preço sugerido pelo fabricante para venda ao consumidor, publicado na tabela ABC FARMA, em obediência ao “artigo segundo” (sic) do Convênio ICMS 76/94.

Conclui apontando a legalidade da multa e postulando a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Não houve expresso requerimento de nulidade por parte do contribuinte nas suas manifestações neste processo. Todavia, considerando os fatos de que foram aventados princípios constitucionais tributários para atacar a multa aplicada, e de que a autuante fez referência, na fl. 126, a pedido de nulidade, cabe o seguinte registro: o PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, não havendo violação ou mesmo mitigação de qualquer princípio que rege o Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Os direitos ao contraditório e à ampla defesa foram devidamente observados, já que a autuante expôs com clareza a fundamentação fática e jurídica, na medida em que descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e documentos acostados ao procedimento, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou a base legal.

Quanto à multa aplicada, constato que a mesma está prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e este Conselho não possui atribuição legal para apreciar a constitucionalidade deste dispositivo, no que tange à eventual violação aos princípios da vedação de confisco e da isonomia tributária. Também falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal para reduzir multa relativa a descumprimento de obrigação tributária principal, o que, se for o caso, pode ser requerido ao apelo da eqüidez à Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em função da falta de retenção do imposto, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O contribuinte alega a não ocorrência do fato gerador (em função de as mercadorias supostamente não terem sido entregues ao destinatário e vendidas a consumidores), a ilegalidade da base de cálculo e o efeito confiscatório da multa aplicada.

Neste caso, os produtos consignados nas notas fiscais objeto da autuação (medicamentos) estavam sujeitos à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, em consonância com o Convênio ICMS 76/94, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias.

A cláusula 7ª, parágrafo 2º do Convênio ICMS 81/1993 determina que se não for concedida a inscrição ao sujeito passivo por substituição, ou este não providenciá-la, deverá ele efetuar o recolhimento do imposto devido à unidade federada destinatária em relação a cada operação, por ocasião das saídas do seu estabelecimento, por meio de GNRE, devendo uma via deste documento acompanhar o transporte.

Além disso, o art. 362 do RICMS/BA determina que na devolução ou no retorno de mercadorias cuja saída tiver sido escriturada, o sujeito passivo por substituição, na escrituração do livro Registro de Entradas, observará o seguinte: o documento fiscal relativo à devolução ou ao retorno será lançado com utilização das colunas "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", na forma regulamentar; na coluna "Observações", devem ser lançados os valores da base de cálculo e do imposto retido, referidos no art. 358, relativos à devolução, utilizando-se colunas distintas para essas indicações, sob o título comum "Substituição Tributária". Se o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, os valores relativos ao imposto retido e à respectiva base de cálculo serão lançados na linha abaixo do lançamento da operação própria, sob o título comum "Substituição Tributária" ou o código "ST". Os valores constantes da coluna relativa ao imposto retido serão totalizados no último dia do período de apuração, para lançamento no Registro de Apuração do ICMS.

Igualmente, estabelece o art. 654 do citado Regulamento que o estabelecimento que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá: emitir nota fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificadores do documento fiscal originário (número, série, data da emissão e valor da operação); lançar a nota fiscal emitida no livro Registro de Entradas de Mercadorias, consignando os respectivos valores nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", quando for o caso; manter arquivada a 1ª via da nota fiscal emitida por ocasião da saída; exibir ao Fisco, quando exigidos, todos os elementos, inclusive contábeis, comprobatórios de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não tenha sido recebida. O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria Nota Fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria. O transportador da carga observará, ainda, o disposto no inciso II do art. 636, relativamente ao Conhecimento de Transporte.

Da análise dos elementos dos autos, verifico que o sujeito passivo não fez prova do cumprimento dos dispositivos conveniais e regulamentares acima citados, que servem exatamente para dar transparência e segurança jurídica às operações sujeitas à tributação por antecipação do ICMS, inclusive as que, por qualquer motivo, não ocorrerem.

Não observou o comando da cláusula 7ª, parágrafo 2º do Convênio ICMS 81/1993, não acostou aos autos a nota de retorno com menção dos dados identificadores do documento fiscal originário (número, série, data da emissão e valor da operação), não apresentou a sua escrituração fiscal nem o conhecimento de transporte referente à volta das mercadorias. A simples juntada dos documentos de fls. 78 e 81, sem entrar no mérito de sua legitimidade e da suposta elaboração através de fraude, não comprova a não ocorrência do fato gerador, uma vez que não restou demonstrada a observação das determinações dos arts. 362 e 654 do RICMS/BA.

Com referência à base de cálculo utilizada, importa consignar que a cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 estabelece que a mesma, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor estabelecimento industrial – PMC (ABCFARMA). Na falta deste, 1

formado pelo preço praticado pelo remetente incluído o valor IPI, frete e demais despesas e sobre este montante o percentual da margem de valor agregado – MVA.

Pelo exposto, está correta a aplicação da PMC na apuração da base de cálculo do ICMS devido por antecipação em relação aos produtos constantes da tabela publicada pela ABCFARMA, inclusive contemplando a redução de 10% prevista na legislação. Concluo que a metodologia utilizada pela autuante na apuração da base de cálculo está correta, levando em consideração o PMC dos produtos relacionados na lista ABCFARMA. Conforme demonstrativos de fls. 09 e 15, o cálculo do débito foi efetuado corretamente, tendo sido abatido o ICMS de entrada com a alíquota de 7%.

Ante o 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 número **232893.0907/08-6**, lavrado contra **MDPHARMA PRODUTOS FARMACÉUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.042,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei n.^o 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR