

**A. I. N°** - 206919.0606/07-8  
**AUTUADO** - AUDIFAR COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - ARIVALDO LEMOS DE SANTANA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 09/11/2010

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0286-03/10**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Nas operações interestaduais com medicamentos, a base de cálculo para fins da antecipação tributária obedece a Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, e será o valor constante na tabela de preços sugerido pelo fabricante e publicado em revistas específicas. Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/12/2007, refere-se à exigência de R\$126.110,05 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da retenção do imposto efetuada a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro a dezembro de 2002. Consta, na descrição dos fatos, que foi apurado ICMS Substituição Tributária retido a menos, tendo em vista a inobservância do valor correspondente ao preço constante da tabela de preço sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor. O demonstrativo anexo ao PAF é composto de 1541 páginas, sendo impressos dois por página. O levantamento fiscal foi realizado por item de produto comercializado, sendo realizada a comparação entre o valor retido por item com o valor do ICMS Substituição Tributária, devido em função do cálculo a partir do preço sugerido ao consumidor, conforme determina a Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 807, apresentou impugnação (fls. 794 a 799), alegando que o presente lançamento é relativo a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, e o impugnante foi intimado da lavratura do Auto de Infração em 02/01/2007. Portanto, entende que entre a data de ocorrência dos fatos geradores e a intimação sobre o lançamento decorreu de lapso temporal superior a cinco anos e, neste caso, houve extinção do crédito tributário pela decadência. Comenta sobre o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN e assegura que na época própria, entregou as declarações ao Fisco da Bahia informando os fatos geradores e antecipou o recolhimento do ICMS, apresentando o entendimento de que se consumou a decadência conforme art. 150, § 4º c/c art. 156, V do CTN. No mérito, o defendente alega que o autuante não aplicou corretamente o índice de agregação na apuração da base de cálculo do ICMS Substituição Tributária, gerando a diferença apontada no Auto de Infração. Alega ainda, que houve levantamento de ICMS Substituição Tributária de produtos isentos, a exemplo de preservativos, além de produtos que não estão sujeitos ao ICMS ST no Estado de origem. Argumenta que todos estes erros fulminam o presente lançamento, que deve ser anulado. Afirmar que a autuação é absurda, o autuante não levou em consideração o redutor da base de cálculo da operação própria de 10,49%, conforme estabelece o Convênio ICMS 24/2001, e o impugnante aplicou a MVA correta da época, isto é, 43,35% (lista ne e 51,46% (lista neutra). Comenta sobre a informação do autuante na PAF é composto por 1541 demonstrativos, mas que somente foi

página. O defendente alega que no demonstrativo juntado ao PAF somente foi apurado o valor de R\$879,83 e o Auto de Infração constitui crédito tributário no valor total de R\$126.110,05. Assim, não houve a juntada de demonstrativo sobre como o autuante chegou ao valor total exigido, o que impossibilitou o exercício do direito de defesa. Salienta que o Auto de Infração deve ser anulado ou, na pior das hipóteses, ser aditado pelo autuante e reaberto o prazo de defesa. O defendente requer a nulidade da autuação em razão da consumação da decadência, ou sua improcedência. Diz que provará o alegado por todos os meios de prova e pede que todas as intimações e/ou notificações sejam endereçadas diretamente ao contribuinte e que as mesmas também sejam feitas aos seus procuradores.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 890 a 893 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o CONSEF não tem acolhido a alegação de decadência, tendo em vista que a jurisprudência sedimentada é no sentido de entender que o prazo decadencial se inicia a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ser efetuado. Portanto, entende que não houve decurso do prazo decadencial. No mérito, o autuante afirma que o levantamento fiscal pautou-se nos preços sugeridos pelo fabricante, de acordo com a tabela da ABCFARMA, conforme estabelece o Convênio ICMS 76/94. Quanto ao argumento defensivo de que houve cobrança indevida de substituição tributária sobre produtos isentos e produtos fora da substituição tributária, diz que em relação à isenção, trata-se de benefício fiscal concedido de forma condicional, conforme estabelece o inciso XVII do art. 32 do RICMS/97, e o autuado não comprovou que o destinatário das mercadorias objeto da autuação procede de acordo com o mencionado artigo. Em relação aos produtos que estão fora da exigência relativa à substituição tributária, o autuante concorda com o defendente, de que houve lapso em relação aos produtos destacados em azul em seus demonstrativos, porque esses produtos não se enquadram nas exigências do Convênio ICMS 76/94. Quanto aos descontos e redução da base de cálculo previstos no Convênio 24/01, o autuante assegura que todos os descontos foram computados no levantamento fiscal e a redução da base de cálculo também foi devidamente computada, conforme coluna “BC ST Reduzida” do levantamento fiscal. O autuante conclui reafirmando que foram acatadas as alegações que entendeu possíveis para redução do valor exigido, por isso, pede a procedência parcial do Auto de Infração.

Considerando a alegação do autuado de que no demonstrativo juntado ao PAF somente foi apurado o valor de R\$879,83 e que não houve a juntada de demonstrativo sobre como o autuante chegou ao valor total exigido Auto de Infração e, considerando que a intimação sobre a lavratura do Auto de Infração (fl. 791 do PAF), não esclarece se foi fornecido ao contribuinte cópia de todo o levantamento fiscal, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência para a Infaz de origem para intimar o defendente e lhe fornecer cópia de todo o levantamento fiscal, mediante recebido assinado pelo contribuinte ou seu representante legal. Também foi solicitado para pedir ao defendente a apresentação de demonstrativo referente a todas as inconsistências por ele verificadas, além daquelas já alegadas na impugnação inicial, e que o autuado comprovasse o alegado benefício fiscal previsto no inciso XVII do art. 32 do RICMS/97.

Atendida a diligência encaminhada, o defendente apresentou nova impugnação às fls. 902 a 927 dos autos, pedindo a extinção do crédito tributário por entender que houve decadência em relação ao período de 01/01/2002 a 30/12/2002, citando o § 4º do art. 150 do CTN e ensinamentos de Leandro Pausen, além da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, comenta sobre o trabalho desenvolvido pelo autuante e alega que o Auto de Infração está viciado porque contém erros materiais. Assegura que os valores do imposto foram apurados corretamente pela contabilidade e recolhidos por meio de GNRE, conforme indicou nas razões de defesa. Diz que o autuante informa que foram recolhidos valores inferiores ao apurado, não apresentando qualquer documento que vise respaldar essa afirmação; que existem substituição tributária, a exemplo de preservativo. Assim, o defendente pede a procedência parcial do Auto de Infração. O autuante, em sua informação fiscal às fls. 890 a 893 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o CONSEF não tem acolhido a alegação de decadência, tendo em vista que a jurisprudência sedimentada é no sentido de entender que o prazo decadencial se inicia a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ser efetuado. Portanto, entende que não houve decurso do prazo decadencial. No mérito, o autuante afirma que o levantamento fiscal pautou-se nos preços sugeridos pelo fabricante, de acordo com a tabela da ABCFARMA, conforme estabelece o Convênio ICMS 76/94. Quanto ao argumento defensivo de que houve cobrança indevida de substituição tributária sobre produtos isentos e produtos fora da substituição tributária, diz que em relação à isenção, trata-se de benefício fiscal concedido de forma condicional, conforme estabelece o inciso XVII do art. 32 do RICMS/97, e o autuado não comprovou que o destinatário das mercadorias objeto da autuação procede de acordo com o mencionado artigo. Em relação aos produtos que estão fora da exigência relativa à substituição tributária, o autuante concorda com o defendente, de que houve lapso em relação aos produtos destacados em azul em seus demonstrativos, porque esses produtos não se enquadram nas exigências do Convênio ICMS 76/94. Quanto aos descontos e redução da base de cálculo previstos no Convênio 24/01, o autuante assegura que todos os descontos foram computados no levantamento fiscal e a redução da base de cálculo também foi devidamente computada, conforme coluna “BC ST Reduzida” do levantamento fiscal. O autuante conclui reafirmando que foram acatadas as alegações que entendeu possíveis para redução do valor exigido, por isso, pede a procedência parcial do Auto de Infração.

de defesa, pedindo que o Auto de Infração seja anulado. Requer o acolhimento da impugnação apresentada para declarar indevida a cobrança em virtude dos erros de cálculos apontados nas razões de defesa. Por fim, pede que, sem prejuízo das intimações endereçadas diretamente ao contribuinte que todas as intimações sejam em nome de Dr. Vladir Ignácio da Silva Negreiros Alves.

O presente processo retornou a esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal (fl. 1790), com informação prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito, apresentando o entendimento de que há incerteza quanto ao prazo de decadência do tributo. Disse que o autuado foi intimado para corrigir os arquivos magnéticos e comprovar que observou o benefício previsto no art. 32 do RICMS/97.

À fl. 1801, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem para complementar a diligência solicitada à fl. 896, com as providências citadas na fl. 1790 do PAF. Após a informação fiscal, a Inspetoria fiscal intimasse o autuado, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia da nova informação fiscal e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o defendente se manifestar, querendo.

Em nova manifestação às fls. 1804 a 1812, o defendente apresentou as mesmas alegações quanto à decadência. Requereu o cancelamento ao Auto de Infração, com o argumento de que houve o transcurso do prazo decadencial de cinco anos, com fundamento nos arts. 150, § 4º e 156, VII, ambos do Código Tributário Nacional.

Foi efetuada a diligência fiscal pelo Auditor Fiscal Roberto Vicente Marubayashi (fls. 1814 a 1816), porque o autuante não mais se encontrava na IFEP. Foi informado que o autuado foi intimado, conforme fls. 899 do PAF, tendo sido intimado novamente em 28/09/2009. Que os arquivos encaminhados anteriormente pelo autuado não eram consistentes e, por isso, foi efetuada nova intimação ao defendente para que os mencionados arquivos fossem corrigidos, conforme fl. 1600 do PAF. O Auditor Fiscal encarregado pela diligência informou que foi elaborado novo demonstrativo utilizando os dados considerados corretos do arquivo magnético. Portanto, refeitos os cálculos, o valor do ICMS devido, após as correções, ficou reduzido para o total de R\$1.422,03, conforme o demonstrativo de débito à fl. 1816. Foi informado, ainda, que em decorrência de o levantamento ser constituído de 278 páginas, encontra-se em mídia devidamente autenticado (fls. 1841 e 1842, cuja cópia foi encaminhada ao defendente (fl. 1843). Esclarece que foram impressas apenas as cinco primeiras e cinco últimas páginas (fls. 1620 a 1629), a título de exemplo. Diz que na mesma mídia encontra-se o demonstrativo denominado “Comparativo Reg50x54 e 53x54.xls”, que relaciona os erros existentes nos arquivos magnéticos e arquivo SINTEGRA referente ao exercício de 2002. Pede que seja encaminhada ao defendente cópia do demonstrativo elaborado, para que se manifeste, caso queira, conforme solicitado no encaminhamento da diligência.

Intimado da diligência fiscal, o defendente se manifestou às fls. 1844 a 1846 dos autos, aduzindo que o débito remanescente, apurado pelo diligente, não é devido, conforme já alegado em petições anteriores, porque os débitos restantes já estão decaídos em virtude de ter transcorrido o prazo decadencial de cinco anos, com fundamento nos arts. 150, § 4º e 156, inciso VII, ambos do Código Tributário Nacional. Assim, o defendente pede que seja anulado o presente Auto de Infração.

O Auditor Fiscal que realizou a diligência apresentou novo pronunciamento à fl. 1848, dizendo que a diligência fiscal foi atendida em seu inteiro teor, tendo sido apresentado pelo defendente o mesmo entendimento anterior, de que o crédito reclamado encontra-se alcançado pela decadência. Portanto, embora reduzido o débito inicialmente apurado, de R\$126.110,05 para R\$1.422,03, ainda assim, o autuado não reconhece como devido o novo valor apurado.

## VOTO

Inicialmente, observo que foi renumerado o presente PAF sem qu

Created with

O defendente alegou nulidade da autuação porque foi informado pelo autuante que o demonstrativo anexo ao PAF é composto de 1541 páginas, sendo impressos dois por página, ou seja, cada folha tem dois demonstrativos. Neste caso não há motivo de nulidade da autuação, como entendeu o defendente, considerando que os demonstrativos são compreensíveis, também foram elaborados em mídia CD fornecida ao defendente, inexistindo cerceamento do direito de defesa.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada. Foram acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal, o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente ao exercício de 2002, observo que a legislação estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

*Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

...

*§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

*Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.*

*§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.*

*Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*§ 5º Considera-se ocorrida a homologação*

*definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2002 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2007. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 20/12/2007, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência da retenção do imposto efetuada a menos pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro a dezembro de 2002.

O autuado alega que o autuante não aplicou corretamente o índice de agregação na apuração da base de cálculo do ICMS Substituição Tributária, gerando a diferença apontada no Auto de Infração. Que houve levantamento de ICMS Substituição Tributária de produtos isentos, a exemplo de preservativos, além de produtos que não estão sujeitos ao ICMS Substituição Tributária no Estado de origem. Que o autuante não levou em consideração o redutor da base de cálculo da operação própria de 10,49%, conforme Convênio ICMS 24/2001, e o impugnante aplicou a MVA correta da época, isto é, 43,35% (lista negativa), 48,19% (lista positiva) e 51,46% (lista neutra).

No caso dos medicamentos, o cálculo da substituição tributária é feito com base nas regras fixadas por meio do Convênio ICMS 76/94, tendo a sua cláusula segunda a seguinte redação:

*“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, de um dos percentuais indicados nas tabelas a seguir apresentadas”.*

Considerando as alegações apresentadas pelo defendente, foi realizada diligência fiscal por Auditor Fiscal estranho ao feito, conforme fls. 1814 a 1816, com a informação de que o autuado foi intimado e, tendo em vista que os arquivos magnéticos encaminhados anteriormente pelo autuado não estavam consistentes, foi efetuada nova intimação ao defendente para que os mencionados arquivos fossem corrigidos, conforme fl. 1600 do PAF. Após o atendimento da intimação, o Auditor Fiscal encarregado pela diligência informou que foi elaborado novo demonstrativo utilizando os dados considerados corretos do arquivo magnético. Portanto, refeitos os cálculos, o valor do ICMS devido, após as correções, ficou reduzido para o total de R\$1.422,03, conforme o demonstrativo de débito à fl. 1816 e novas planilhas de cálculo às fls. 1817/1837 do PAF. Foi informado, ainda, que em decorrência de o levantamento ser constituído de 278 páginas, encontra-se em mídia devidamente autenticada, cuja cópia foi encaminhada ao defendente. Foram impressas apenas as cinco primeiras e cinco exemplo.

De acordo com a diligência fiscal realizada, os demonstrativos originalmente elaborados pelo autuante não foram confirmados em razão das inconsistências nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte, tendo sido elaborados novos demonstrativos, que foram encaminhados ao sujeito passivo. Na intimação à fl. 1841, consta que foi encaminhada ao defendente a conclusão da diligência fiscal e CD com arquivo eletrônico do levantamento fiscal (fls. 1803 a 1840 do PAF).

Observo que embora o defendente não tenha acatado expressamente os novos cálculos efetuados na diligência fiscal, não apresentou novos elementos que ensejassem alteração dos cálculos efetuados, haja vista que em sua nova manifestação sobre a revisão efetuada por estranho ao feito, o defendente alegou que o débito remanescente não é devido, conforme já alegado em petições anteriores, porque os débitos restantes já estão decaídos em virtude de ter transcorrido o prazo decadencial de cinco anos, alegação que já foi apreciada neste voto.

Concluo pela subsistência parcial da autuação, no valor de R\$1.422,03 conforme demonstrativo elaborado na diligência fiscal à fl. 1816 do PAF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206919.0606/07-8, lavrado contra **AUDIFAR COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.422,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA