

**PROCESSO** - A. I. Nº 206919.0606/07-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - AUDIFAR COMERCIAL LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0286-03/10  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 14/10/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0319-12/11

**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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou pela Parcial Procedência da exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 20/12/2007, para exigir imposto no valor de R\$126.110,05, acrescido das multas de 60%, decorrente de uma única infração, abaixo transcrita:

*Infração 1 - Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.*

Lê-se no campo destinado à descrição dos fatos, que:

*“Foi apurado ICMS SUBSTITUÍDO, retidos a menos, tendo em vista inobservância do valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor. Tudo conforme demonstrativos do levantamento fiscal em anexo 01 (composto de 1541 demonstrativos, sendo impresso dois por página). O levantamento fiscal foi realizado por item de produto comercializado. Procedemos à comparação entre o valor retido por item pela contribuinte com o valor do ICMS-ST devido em função do cálculo a partir do preço sugerido ao consumidor, conforme determina a Cláusula segunda do CONVÊNIO ICMS 76/94”.*

A 3ª JJF, a partir do voto proferido pelo ilustre relator de primeira instância, abaixo transscrito, e após análise das peças processuais, decidiu à unanimidade, pela parcial procedência da infração, conforme transcrição abaixo, *in verbis*.

“...

*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 subsequentes, 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 deficiente, 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 deficiente 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 deficiente. Foram impressas apenas as cinco primeiras e cinco últimas páginas, a título de 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 deficiente a conclusão da diligência fiscal e CD com arquivo eletrônico do levantamento fiscal (fls. 1803 a 1840 do PAF).

Observo que embora o deficiente 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 deficiente 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.

Em razão da sucumbência imposta à Fazenda Pública, a 1ª JJF recorre de ofício da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 de outubro de 2000.

## VOTO

A matéria de que trata o presente Recurso de Ofício é eminentemente de prova. Pude verificar nos autos que o contribuinte, em sede de defesa, trouxe questionamentos que levaram os membros da 3ª JJF deste Conselho de Fazenda a converter o feito em diligência, que mais uma vez, foi de fundamental importância no esclarecimento dos fatos. Da revisão que se processou sob forma de diligência fiscal, verificou-se que as alegações defensivas tinham procedência quase que total, restando claro que a autuação como lavrada originalmente tinha como alicerce o arquivo magnético do contribuinte que continha inconsistências, o que foi devidamente corrigido quando, atendendo intimação do fiscal revisor, foi carreado aos autos o mencionado arquivo, devidamente corrigido, tendo, portanto, o condão de elidir a acusação na sua quase totalidade, conforme se pode constatar nos demonstrativos na diligência fiscal.

Por tudo o quanto exposto e com base nos elementos trazidos pela diligência fiscal, entendo que não merece qualquer reparo a Decisão que se recorre. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso

de Ofício, mantendo a Decisão recorrida tal como prolatada pela 3<sup>a</sup> JJF.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206919.0606/07-8, lavrado contra **AUDIFAR COMERCIAL LTDA**. devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.422,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS