

A. I. Nº - 206919.0607/07-4
AUTUADO - AUDIFAR COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ARIVALDO LEMOS DE SANTANA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 28.04.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0086-05/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Nas operações interestaduais com medicamentos, a base de cálculo para fins da antecipação tributária obedece à 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 foi lavrado em 20/12/2007, para exigir ICMS no valor de R\$267.466,24, acrescido da multa de 60% relativo à retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta, na descrição dos fatos, que houve inobservância do valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 1.139 a 1.148, inicialmente esclarece que a intimação do Auto de Infração se deu através de Sedex com AR, em 25/02/2008 (doc.05), em que a Fazenda do Estado da Bahia constitui crédito tributário a título de diferença de ICMS substituição tributária referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2002, por entender o autuante que não foi utilizada a base de cálculo correta para o cálculo do imposto, segundo os valores do Preço Máximo ao Consumidor.

Assevera que entre a data da ocorrência dos fatos geradores e a ciência inequívoca da intimação sobre o lançamento tributário, decorreu lapso temporal superior a 5 anos, havendo a extinção do crédito tributário pela decadência.

Argumenta que o ICMS é um tributo sujeito a lançamento por homologação, citando o art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, diz que em relação a esses tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, se a Fazenda Publica não se pronunciar em cinco anos o lançamento considera-se homologado e definitivamente extinto o crédito tributário.

Aduz que em 2002 entregou as declarações ao Fisco da Bahia, informando os fatos geradores e antecipou o recolhimento do ICMS. e que, entre a data do fato gerador, janeiro a dezembro de 2002 e a intimação do sujeito passivo, 02.01.2008, houve o transcurso de lapso temporal superior a 5(cinco) anos, de modo que o crédito tributário referente aos períodos apontados está extinto, porque, diante dessa omissão do Fisco da Bahia por mais de 5 (cinco) anos, consumou-se a decadência (art. 150, §4º c/c art. 156, V, todos do CTN).

Argumenta que não resta outra alternativa, a não ser julgar o Auto de Infração insubsistente e declarar extinto o crédito tributário, sob pena de clara violação da ordem legal vigente.

Argui que, além da consumação da decadência, que fulmina o crédito tributário, defende que o

Auto de Infração também não merece procedência quanto ao seu mérito, porque não se utilizou das bases de cálculo corretas para fins de apuração do ICMS ST.

Pontua que estão sendo cobradas diferenças de ICMS-ST relativas ao período de 01/2002 a 12/2002 da sua filial nº 01.492.147/0006-13, tendo sido utilizado como base de cálculo o PMC, conforme primeira e última folha de cada uma das planilhas anexas ao Auto de Infração (**Anexo I**).

Lembra que o autuante também lavrou o Auto de Infração 206919.0606/07-8 contra a sua filial 01.492.147/0008-85, cobrando diferenças de ICMS-ST relativas ao mesmo período de 01/2002 a 12/2002, porém, utilizou a MVA de 43,35% para formação da base de cálculo, e que neste Auto de Infração utilizara o PMC, dizendo haver uma absoluta ausência de critérios lógicos na autuação.

Argumenta que a consequência lógica que se extrai é que um dos dois Autos de Infração é nulo.

Reclama que a peça acusatória possui quatro anexos, cada um referente a um trimestre e que os mesmos lhe foram encaminhados através de um CD, e não impressos em papel. Diz que é humanamente impossível de fazer a análise de todos os itens, no prazo de 30 dias.

Indaga como o autuante elaborou tal planilha, sabendo que o termo de início de fiscalização foi lavrado recentemente. Responde a sua indagação dizendo que, possivelmente os anexos foram elaborados através de migração eletrônica de dados dos arquivos magnéticos. Argumenta que a elaboração de um Auto de infração por esse método pode ensejar erros, citando como exemplo as notas fiscais de preservativos, constantes das fls. 112, 126, 127, 131, 156, 169, 170, 188, 209, 258, 332, 423; 16, 32, 83, 102, 116, 135, 16, 190, 423, 482, 501 e 520; 8, 209, 232, 233, 238, 250, 255, 312 e 356.

Pontua que o autuante incluiu diversos produtos que não estão sujeitos à incidência da Substituição Tributária, espalhados em boa parte das planilhas, tais como, valdapst, creme, água, mel, óleo, emulsão. Cita que outro ponto de inconsistência encontrado é o erro na totalização mensal da diferença por item (devido - retido). Escreve que analisou primeiro o mês de abril do 2º trimestre, porque a planilha do 1º trimestre é muito extensa.

Argui a existência de diversas divergências de valores para apuração da base de cálculo do ICMS por parte do autuante, e relaciona seus valores na defesa, citando os medicamentos "AEROLINSR 2000S", "AMOXICILINA GNR 500MG 15CPS ERF", "AMOXICILINA GNR 500MG 15CPS"

Sustenta que essa série de inconsistências levam à conclusão que o Auto de Infração não merece prosperar.

Conclui requerendo que seja acolhida a defesa e anulado o Auto de Infração, quer em razão da consumação da decadência, quer pela improcedência do mérito, como forma de extinção do crédito tributário.

Pede que as intimações e/ou notificações sejam endereçadas diretamente ao contribuinte, requer que as mesmas, também, sejam feitas aos procuradores infra-assinados, especialmente em nome do Dr. Paulo Roberto Vigna, no seguinte endereço: Av. Pacaembu, 1641, Pacaembu - São Paulo - SP - Cep 01234-001.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 1.261 a 1.264, inicialmente discorre sobre os argumentos defensivos, dizendo que com relação à preliminar de decadência, é cediço o entendimento do egrégio Conselho de Fazenda do Estado da Bahia em não acolher a arguição quanto ao prazo decadencial. Afirma 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 fato gerador poderia ser objeto de lançamento, vindo a encerrar-se cinco anos após início dos procedimentos de fiscalização. Garante que não houve vícios quanto ao prazo decadencial no trabalho contestado.

Informa que o levantamento fiscal pautou-se nos preços sugeridos pelo fabricante, conforme tabela da ABCFARMA e, de acordo com o Convênio ICMS 76/94.

Aduz que houve cobrança indevida de substituição tributária sobre produtos isentos e fora da

substituição tributária.

Salienta que quanto à isenção alegada referente ao benefício fiscal concedido de forma condicional, conforme estabelece o inciso XVII do Art. 32 do RICMS/97, o autuado não comprova em sua defesa esse direito.

Com relação aos produtos que foram computados que estão fora da exigência relativa à substituição tributária, concorda com a defesa, porque os mesmos são produtos que não se enquadram com as exigências do Convênio ICMS 76/94.

Frisa que todos os dados para efeito do levantamento fiscal foram extraídos do arquivo magnético apresentado para exame. Aduz que se há erro nos preços computados, esses devem ser comprovados pela empresa, inclusive indicando em seu arquivo magnético a razão de sua ocorrência. Garante que a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 24/01 e os descontos informados nas notas fiscais, foram devidamente computados conforme coluna "BC ST Reduzida" do levantamento fiscal.

Ressalta que analisada cada uma das formulações argumentativas na peça de defesa foram acatadas as arguições que entende possíveis de redução do valor autuado. Conclui, pedindo a procedência parcial do Auto de Infração.

Em razão das alegações defensivas e da informação do autuante, consoante descrito às fls.1.268 e 1.269, visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como dotar o Estado da certeza quanto ao crédito tributário, ora exigido, na assentada de julgamento, a 2ª. Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo à INFAZ de origem para que o autuante adotasse as seguintes providências:

1. intimasse o contribuinte a apresentar planilhas a) de todos os produtos isentos, e não sujeitos à substituição tributária, que alegou terem sido incluídos na autuação, identificando e qualificando cada um deles, consignando no mesmo modo das planilhas "demonstrativo de apuração do ICMS ST por item", que fundamentaram a autuação e b) relacionando todos os erros encontrados, identificando os itens correspondentes, comparativamente com as planilhas do autuante, indicando as inconsistências;
2. informasse ao autuado, por escrito, a metodologia utilizada na realização do levantamento fiscal em face das alegações do autuado de não saber, ao certo, a metodologia do trabalho fiscal e das divergências de valores apontadas no item 18 da defesa.

O Auditor Fiscal diligente presta informação fiscal, as 1.285 a 1.288, dizendo que foi refeito todo o trabalho anteriormente realizado, tendo em vista os cálculos apresentarem erros tanto por considerar (1) a base de cálculo do ICMS da operação própria do contribuinte superior ao valor real e a do ICMS da substituição tributária inferior, como, também, por (2) associar erroneamente alguns medicamentos aos seus correspondentes na tabela ABCFARMA, onde consta o preço máximo ao consumidor, que serve de referência para determinação da base de cálculo da substituição tributária.

Aduz que refeitos os cálculos, com as devidas correções o valor histórico inicialmente reclamado de R\$267.466,24, fica reduzido para R\$17.121,63, conforme tabela resumo, impressa no corpo da informação (fl.1.286), especificando adiante os demonstrativos analíticos correspondentes que deram suporte a tal conclusão.

Explica a metodologia utilizada na realização dos cálculos do imposto apurado, esclarecendo os procedimentos adotados em cada coluna das planilhas analíticas por ele elaboradas, às fls. 1.290 a 1.369 dos autos.

O autuado foi intimado para tomar ciência do pedido e da conclusão de diligência, da informação fiscal, das planilhas revisadas e do CD com os demonstrativos correspondentes, bem como da concessão do prazo de 30 dias para se pronunciar, se quisesse.

Em manifestação às fls. 1.389 a 1.392, o autuado aduz que recebeu intimação do Auto de Infração nº 206.919.0606/07-8, concedendo abertura de 30 dias para defesa da conclusão da diligência mais CD contendo arquivo magnético. Frisa, que examinando os documentos, verificou que os mesmos se referiam ao Auto de Infração nº 206919.0607/07-4 (objeto da lide), aduz que se o prazo concedido for para o primeiro, requer devolução do prazo para defesa, bem como a apresentação da documentação correta para elaboração da mesma.

Salienta que o autuante enviou *e-mail*, requerendo a apresentação de todos os produtos isentos e não sujeitos à substituição tributária e planilhas com todos os erros encontrados e dos benefícios relativos a preservativos.

Em ato contínuo diz que enviou petição, esclarecendo os lançamentos datados de 01/01/2002 a 30/12/2002 e sua citação ocorreu em 25/02/2008.

Informa que não obstante, após o exame do autuante, foi recebido em 18/08/2010, intimação para manifestação sobre a conclusão do trabalho fiscal. Aduz que, no referido trabalho, o autuante informou que o débito inicialmente reclamado de R\$ 267.466,24 foi reduzido para R\$ 17.121,63, mas, que quanto à matéria referente à decadência dos lançamentos tributários, o autuante não se manifestou.

Entende que o valor restante de R\$ 17.121,63 também é indevido, porque já está decaído, em virtude de ter transcorrido o prazo decadencial de cinco anos, com fundamento no art. 150, § 4º e 156, VII do CTN.

O Auditor Fiscal diligente presta informação fiscal, à fl. 1.396, dizendo que em relação à intimação recebida pela defesa, onde faria referência ao Auto de Infração nº 206919.0606/07-8 e não ao Auto em questão, de nº 206919.0607/07-4, embora não fosse apresentada prova desse equívoco, diz que deve ser considerada correta a conclusão do autuado, no sentido de que a intimação referia-se realmente ao Auto de Infração nº 206.919.0607/07-4, sobre a qual fez sua explanação.

Ressalta que quanto ao novo valor de R\$17.121,63, apurado na diligência, também ser indevido, por já se encontrar decaído, e sobre a ausência de manifestação, destaca que o autuante já havia prestado tal esclarecimento em sua informação fiscal à fl.1262 do PAF.

Conclui, aduzindo que refeitos os trabalhos, devolve o PAF para julgamento.

O autuado foi intimado para tomar ciência da conclusão da diligência, e da concessão do prazo de 10 dias para o autuado se pronunciar, se quisesse.

Não consta nos autos manifestação do autuado.

VOTO

O contribuinte suscitou nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que entre a data da ocorrência dos fatos geradores e a ciência inequívoca da intimação sobre o lançamento tributário, decorreu lapso temporal superior a 5 anos, havendo a extinção do crédito tributário pela decadência, tendo em vista que a Fazenda do Estado da Bahia constituiu crédito tributário a título de diferença de ICMS substituição tributária referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2002, e foi intimado do Auto de Infração através de Sedex com AR, em 25/02/2008, citando, para defender sua tese, o Art.150, §4º c/c com o 156, V, do Código Tributário Nacional - CTN.

Saliento que essa questão, através de inúmeros acórdãos, é plenamente pacificada neste CONSEF. A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento. O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e 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.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser arguida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. De outro lado, a contagem do prazo decadencial toma como referência a data da ocorrência do fato gerador, consoante dicção da norma transcrita acima e não a data da notificação para tomar ciência do ato.

Por tal razão, a decadência dos fatos relativos aos meses do exercício de 2002, acima alinhados, somente se operaria após 5 anos, a partir do dia 31/12/2002.

Como o Auto de Infração foi lavrado em 20/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 31/12/2007 para efetuar o referido lançamento. Portanto, fundado na descrição do pleito mencionado acima, não vislumbro ter operado o instituto da decadência.

Saliento que teve o mesmo entendimento mencionado acima a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0262/00, em voto prolatado pela ilustre relatora Sandra Urânia Silva Andrade, quando aduziu em seu arrazoadado que *“nossa lei ordinária estabeleceu o prazo de cinco anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, para que ocorra esta homologação. Por outro lado, o lançamento de ofício, ou seja a lavratura do auto de infração, se constitui no ato, através do qual o Fisco manifesta-se sobre o lançamento efetuado pelo contribuinte, por entender que o mesmo não está de conformidade com a legislação pertinente. Ou seja, a Fazenda se manifestou, ou se pronunciou, no sentido de que o lançamento efetuado pelo contribuinte não deveria ser homologado, e para isto independe a ciência deste ato por parte do sujeito passivo – contribuinte”*. Coaduno com o entendimento da ilustre relatora.

Ademais, o processo foi convertido em diligência, o Auditor Fiscal designado corrigiu as falhas apontadas pela defesa no levantamento do autuante, reduziu o valor do imposto originalmente lançado, cujos demonstrativos o contribuinte recebeu cópias e se manifestou nos autos. Portanto, não acolho as preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA.

No mérito o Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário de ICMS no valor de R\$267.466,24, acrescido da multa de 60% relativo à retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, em razão de inobservância do valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor.

Após o contribuinte apontar diversas falhas no levantamento fiscal, tais como, (1) base de cálculo do ICMS da operação própria do contribuinte superior ao valor real e a do ICMS da substituição tributária inferior, como também por (2) associar erroneamente alguns medicamentos aos seus correspondentes na tabela ABCFARMA, onde consta preço máximo ao consumidor, Auditor Fiscal diligente realizou revisão do levantamento original, refez os cálculos, com as devidas correções e reduziu o valor originalmente lançado de R\$ 267.466,24 para R\$ 17.121,63.

Examinando o demonstrativo de memória de cálculo às fls. 1.290 a 1.299, constatei que os valores apurados pelo diligente estão corretos, posto que foi calculado o ICMS, utilizando os Preços Máximos de Venda a Consumidor – PMC, sobre este valor encontrado, aplicou a redução de base de cálculo de 10% e, utilizando a alíquota interna de 17%, encontrou o imposto correspondente, e deste montante, deduziu o ICMS próprio destacado no documento fiscal, bem como o valor já recolhido pelo sujeito passivo, antes da ação fiscal, encontrando, então, o débito correspondente,

que lançou nas novas planilhas, apurando assim os valores remanescentes do Auto de Infração, consoante no art. 61, inciso I, § 2º, inciso I do RICMS/97 e Convênio ICMS 76/94, Cláusula Segunda.

Assim, restou comprovado que o contribuinte não recolheu integralmente o ICMS resultante das operações de aquisições de medicamentos para uso humano, tendo realizado seu recolhimento a menos, o que motivou o lançamento do crédito tributário. Visto que, nesses casos, cabe ao remetente efetuar a antecipação do imposto, adotando os preços máximos de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial como base de cálculo.

Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, o débito originalmente apurado ficou reduzido ao montante de R\$ 17.121,63, contextualizado na planilha elaborada pelo diligente, à fl. 1.289 dos autos, conforme abaixo:

ANO/MÊS	ICMS ST CALCULADO	ICMS ST RETIDO	DIFERENÇA
Janeiro/02	10.999,74	8.942,95	2.056,79
Fevereiro/02	5.374,26	3.408,59	1.965,67
Março/02	2.440,55	1.563,69	876,86
Abril/02	2.036,90	1.270,59	766,31
Maior/02	4.753,65	2.827,67	1.925,98
Junho/02	5.613,96	3.775,50	1.838,46
Julho/02	6.178,97	4.089,40	2.089,57
Agosto/02	7.112,03	4.962,87	2.149,16
Setembro/02	3.230,53	1.907,78	1.322,75
Outubro/02	2.830,63	2.116,14	714,49
Novembro/02	2.270,16	1.560,98	709,18
Dezembro/02	2.333,59	1.627,18	706,41
TOTAL	55.174,97	38.053,34	17.121,63

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206919.0607/07-4**, lavrado contra **AUDIFAR COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.121,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente 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, 12 de abril de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA