

**A. I. Nº** - 298952.0001/12-5  
**AUTUADO** - SANTANA S.A. DROGARIA FARMÁCIAS  
**AUTUANTES** - JORGE CALMON MONIZ DE BITTENCOURT FILHO e GERALDO CAMPOS BAHIENSE  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 19. 09. 2012

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0209-01/12**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. MERCADORIAS RELACIONADAS NO CONVÊNIO ICMS 76/94. **a)** RETENÇÃO A MENOS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO. Restou comprovado que as mercadorias relacionadas na autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária, bem como ficou demonstrado que o autuado reteve a menos (Infração 1) e deixou de reter (Infração 2) ICMS devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Infrações caracterizadas. Afastadas as arguições de nulidade e a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração foi lavrado, em 13/03/12, para exigir ICMS, no valor de R\$704.306,31, acrescido de multa de 60%, em razão dos seguintes fatos:

Infração 1 - Efetuiu a 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 no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$ 695.924,21.

Infração 2 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro, outubro e dezembro de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$ 8.382,10.

O autuado apresenta defesa (fls. 30 a 43) e, após tecer considerações sobre atos nulos e anuláveis e ressaltar que a decretação de nulidade prescinde de prequestionamento, suscita a nulidade do Auto de Infração, argumentado que a descrição equivocada e o enquadramento legal das Infrações 1 e 2 não se harmonizam e nem oferecem segurança para que possa o sujeito passivo exercer o seu direito de defesa, nos termos do art. 18 do RPAF/99.

Afirma que tem como atividade principal o comércio de produtos farmacêuticos e medicinais, enquadrados no regime de substituição tributária, a teor do disposto no artigo 353 e seguintes do RICMS-BA/97. Diz que, como as mercadorias incluídas no levantamento fiscal estão elencadas no Convênio ICMS 76/94, o imposto deveria ter sido retido pelo remetente. Reproduz o teor da cláusula primeira desse referido Convênio. Frisa que não poderia ter sido responsabilizado por reter ICMS relativo às operações subsequentes e, portanto, a descrição dos fatos considerados como irregulares pelos autuantes não espelha a realidade dos acontecimentos e, dessa forma, restou cerceado o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Descreve as infrações e, em seguida, afirma que o fulcro da autuação está errado, pois não é responsável por retenção de imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, haja vista que tal incumbência pertence ao contribuinte localizado em outra unidade da Federação. Menciona que, no máximo, a sua obrigação se restringiria apenas ao pagamento do ICMS devido por antecipação depois de esgotada a possibilidade de cobrança do contribuinte substituto, nos termos do art. 125, §1º, que vigorou até 27/10/10.

Sustenta que o enquadramento legal e as multas indicadas no lançamento também ferem o direito de defesa. Diz que os autuantes citaram como infringidas as cláusulas segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS 76/94, como se os acordos interestaduais tivessem o condão de se transformar em lei no sentido estrito. Menciona que, da leitura dessas cláusulas, não se consegue depreender quais as irregularidades que lhe foram imputadas, cerceando, assim, o seu direito de defesa.

Assevera que a multa descrita no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, não corresponde à tipificação dos fatos. Reproduz esse dispositivo legal e, em seguida, diz que o enquadramento legal e a tipificação das multas fragilizam o lançamento de ofício, o que impõe a decretação da nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa e contraditório. Transcreve o disposto no art. 18, I, II, III e IV, “a” e “b”, do RPAF/99, e questiona qual foi a infração? Qual o enquadramento legal? Qual a penalidade aplicável?

Ainda em preliminar, assevera que o arquivo eletrônico entregue à empresa foi elaborado em formato PDF, dificultando a conferência dos itens relacionados na autuação. Diz que é necessária a conversão desses arquivos eletrônicos para o formato Excel, com reabertura do prazo de defesa. Frisa que as conversões de PDF para Excel apresentaram perdas de informações e algumas linhas foram perdidas, impossibilitando a sua leitura. Menciona que não conferiu as planilhas em formato PDF, em razão do exíguo prazo concedido para a defesa. Aduz que a fiscalização tem o prazo mínimo de noventa dias, enquanto o contribuinte dispõe de apenas trinta dias para se defender. Ressalta que apenas o “Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a Menos” possui 376 folhas. Requer que, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o levantamento fiscal lhe seja entregue em formato Excel e, em seguida, seja reaberto o prazo de defesa.

No mérito, afirma que os autuantes, no cálculo do ICMS próprio, reduziram a base de cálculo do imposto em 10% sem previsão legal. Afirma que *a essas planilhas foram anexadas informações contidas nas planilhas “Memória de Cálculo” que o contribuinte apresentou ao fisco, correlacionadas a cada item de produto “ICMS MEMO” para comparar o crédito fiscal utilizado nos cálculos pelo fisco e pelo defendente, ondem restaram evidenciadas diversas diferenças.* Diz que não entendeu o critério utilizado na apuração do crédito fiscal, uma vez que o crédito considerado pelos autuantes apresenta-se 10% inferior ao destacado no documento fiscal.

Explica qual o conteúdo de sua planilha, bem como faz alusão a divergências entre a planilha que confeccionou e a que foi elaborada pelos autuantes. Frisa que as maiores divergências ocorreram quando o Fisco considerou o crédito a menos e o PMC (preço médio a consumidor) a mais, por falha no cruzamento da tabela ABCFARMA. Diz crer que ocorreu algum erro na importação e vinculação de dados, pelo Fisco, do Sintegra/planilha para o programa de trabalho utilizado pelos autuantes. Salienta que foram acostados aos autos arquivos magnéticos contendo essas citadas planilhas.

Referindo-se à Infração 2, argumenta que o recolhimento do ICMS foi realizado pelo remetente das mercadorias em nome do autuado. Sustenta que, para comprovar esse argumento, basta que se requeira ao setor responsável pela arrecadação e, em seguida, que se compare os recolhimentos efetuados e os valores exigidos nesse item do lançamento.

Menciona que, na planilha elaborada pelos autuantes, constam reduções de base de cálculo do imposto em 10%, se o remetente for estabelecimento distribuidor, e em 28,53%, caso o remetente seja industrial. Salienta que não fica esclarecida nos autos a razão pela qual exista a redução no

campo “BC ST Reduzida” e de que forma os autuantes obtiveram a informação se a empresa remetente era distribuidora ou industrial. Diz que, nos demonstrativos dos autuantes, o fornecedor Hisamitsu Farmacêutica do Brasil Ltda. foi indicado como sendo distribuidor, porém há duas reduções diferentes de base de cálculo: a Nota Fiscal nº 1088 com redução de 10%, e a Nota Fiscal nº 1877 com reduções de 28,53% e 10%. Conclui que, assim, ficou caracterizada a exigência indevida no lançamento tributário de ofício.

Sustenta que os valores considerados pela fiscalização como recolhidos não correspondem à realidade do montante efetivamente pago. Diz que acostou ao processo cópia do “Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a Menos”, no qual consta que em relação à Nota Fiscal nº 1088, emitida pela Hisamitsu Farmacêutica do Brasil Ltda., foi recolhido R\$ 872,51, e em relação à Nota Fiscal nº 1877, do mesmo fornecedor, o valor recolhido segundo os autuantes foi de R\$ 7.255,52. Frisa que esse fato se repetiu relativamente às seguintes operações:

- Nota Fiscal nº 3.421, da Facilit Odontológica e Perfumaria Ltda., no valor de R\$ 2.093,70;
- Nota Fiscal nº 3.422, da Facilit Odontológica e Perfumaria Ltda., no valor de R\$ 134,83;
- Nota Fiscal nº 116, da Maravilha Curativa Ltda., no valor de R\$ 0,00;
- Nota Fiscal nº 1.215, do Laboratório Hepacholan S.A., no valor de R\$ 0,00;
- Notas Fiscais nºs 14.043, 16.543 e 14.514, da Lilo do Brasil, no valor de R\$ 0,00;
- Nota Fiscal nº 1064, da Lavalho, no valor de R\$ 0,00;
- Nota Fiscal nº 16.289, da Miniform Latex, no valor de R\$ 0,00.

Realça que, em todas as notas fiscais elencadas pelos autuantes nos demonstrativos acostados aos autos, não é informada a origem do registro do valor do pagamento da substituição tributária.

Solicita que seja realizada diligência, para esclarecimentos dos fatos citados acima.

Ressalta que, além da impropriedade da autuação, no lançamento de ofício foi indicada multa em valores confiscatórios, afrontando garantias previstas nos artigos 145, §1º, e 150, IV, da Constituição Federal. Diz que a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas já é pacificamente reconhecida, sendo que o Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo, assim, esta distorção confiscatória imputada pela Administração. Assevera que, por mais que assumo o caráter punitivo, a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo a pena ser proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos. Para embasar seus argumentos, reproduz jurisprudência e doutrina. Requer que as multas indicadas no Auto de Infração sejam corrigidas.

Ao finalizar seu arrazoado, o autuado solicita que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, por falta de segurança na determinação da infração, por não haver correspondência entre a acusação e a penalidade aplicada e por cerceamento de defesa em virtude da entrega de arquivos magnético em formato PDF. No mérito, requer que o levantamento fiscal seja refeito, sejam cotejados os recolhimentos efetuados por meio de GNRE, seja retificado o percentual da redução da base de cálculo, seja informado como foi apurado o valor da base de cálculo reduzida e onde foi obtida essa informação, sejam gerados novos demonstrativos e que sejam reaberto o prazo de defesa. Também solicita o cancelamento das multas. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive pela realização de perícia e diligência.

Os autuantes prestam a informação fiscal (fls. 57 a 69) e, inicialmente, explicam que o autuado tem como principal atividade o comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano – CNAE 46.44-3-01 – e, mediante termo de acordo, aderiu ao regime especial de tributação previsto para distribuidor de medicamentos (Pareceres nºs 4977/2001 e 24143/2009), sujeitando-se, portanto, a efetuar a antecipação tributária nas entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária quando provierem de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94.

Quanto ao alegado cerceamento de direito de defesa, explicam que: à fl. 5, encontra-se um resumo dos valores que estão sendo exigidos; nos demonstrativos analíticos (Anexos 1 e 2 do Auto de Infração), está detalhadamente demonstrada, mês a mês, a apuração dos valores lançados; nesses demonstrativos constam todas as informações necessárias e suficientes para a compreensão dos cálculos efetuados e dos resultados apurados; cada item das notas fiscais foi lançado nesses demonstrativos em linha própria; esses demonstrativos estão acompanhados de legenda (fl. 7), na qual foram descritos todos os campos que os compõem.

Afirmam que uma simples consulta à legenda dirimiria as dúvidas do autuado quanto à origem dos dados (como o valor considerado para o ICMS ST retido) e quanto às normas legais aplicadas (a exemplo das reduções das bases de cálculo, tanto do ICMS próprio como do ICMS ST). Ressalta que o correto cumprimento da legislação tributária nas suas operações com mercadorias é uma responsabilidade do autuado, cabendo ao Fisco indicar a legislação que serviu de base à auditoria e dar a conhecer os procedimentos de cálculos daí advindos.

Asseveram que o enquadramento legal apontado no Auto de Infração está correto, bastando se compulsar o RICMS-BA/97, em especial os artigos 371, 125, II, “b”, e 61, onde estão tratadas a obrigatoriedade da antecipação tributária, os prazos e as bases de cálculo do imposto lançado. Salientam que o enquadramento e a tipificação são informações automatizadas pelo Sistema Automatizado de Emissão de Auto de Infração (SEAI), conforme as características das infrações.

Relativamente à responsabilidade do fornecedor das mercadorias pela retenção e recolhimento do imposto, esclarecem que as empresas situadas em unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94 não podem reter o ICMS ST, nem recolher o valor retido, por não haver regramento legal para tanto. Frisam que, em relação a Estado não signatário de acordo interestadual, não há como o Fisco baiano fiscalizar empresa localizada em outro Estado.

Dizem que não é aceitável o argumento defensivo de que a entrega de arquivos magnéticos em formato PDF tenha cerceado o direito de defesa do autuado, pois o porte e a estrutura de tecnologia de informação que as operações realizadas pelo autuado impõem não admitem justificativas técnicas dessa natureza. Mencionam que o formato PDF é um padrão aberto, amplo e mundialmente conhecido e usado por ser seguro e por suas características de manter a integralidade dos arquivos. Aduzem que os dados têm origem em notas fiscais eletrônicas cujo destinatário é o autuado e que, portanto, já as processou e as detém.

Registram que a procuração, na qual é nomeado o seu advogado, é referente a outro contribuinte, conforme os documentos juntados às fls. 44 a 49.

No mérito, frisam que não se encontram gravadas no CD-ROM acostado à defesa, nem anexadas ao processo, as planilhas que o autuado alega ter juntado aos autos, comparando os créditos fiscais calculados pelo Fisco e os apurados pelo defendente.

Explicam que a previsão legal para a redução da base de cálculo do ICMS próprio está no Convênio ICMS 34/06, conforme consta na legenda que acompanha os Anexos 1 e 2.

Em relação à Infração 2, reiteram que as empresas situadas em unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94 não podem reter e nem recolher o ICMS ST, por falta de regramento legal para tanto. Repisam que as empresas situadas nessas unidades da Federação não podem ser fiscalizadas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Assevera que a legitimação de eventuais valores retidos pelo remetente submete-se à fiscalização integral e circunstanciada das operações mercantis e, como isso não é possível ao Fisco baiano, não acatam os eventuais recolhimentos de ICMS ST efetuados em nome de terceiros. Ressaltam que a empresa que efetuar de modo irregular a retenção e o pagamento do ICMS ST ao Estado da Bahia poderá, por meio de processo próprio e sem vínculo com o presente PAF, solicitar a restituição do valor que foi recolhido incorretamente.

Afirmam que o Decreto Estadual nº 11.872, de 04/12/09, instituiu regime especial de tributação aplicável aos distribuidores de medicamentos localizados no Estado da Bahia, mediante celebração de termo de acordo, nas importações e nas aquisições interestaduais de produtos farmacêuticos de uso não veterinário que relaciona. Explicam que, nos termos desse decreto, o contribuinte responsável pela retenção do imposto poderá usufruir de uma redução de base de cálculo de 28,53%, na apuração da antecipação tributária referente às operações subsequentes. Mencionam que, nos demais casos, essa redução é de 10%, consoante previsto na cláusula segunda, §4º, do Convênio ICMS 76/94. Ressaltam que o autuado preenche as condições necessárias para usufruir do benefício da redução da base de cálculo, dependendo apenas de estarem ou não os produtos adquiridos relacionados no citado decreto.

Asseveram que os produtos constantes nas Notas Fiscais nºs 1.088 e 1.877, emitidas pela Hisamitsu Farmacêutica do Brasil Ltda., citadas na defesa, têm o benefício da redução da base de cálculo da antecipação tributária em 28,53% ou 10%, de acordo com o enquadramento, ou não, no Decreto nº 11.872/09, conforme tabela que apresentam. Salientam que a informação acerca da situação da empresa fornecedora (se distribuidora ou fabricante) não influencia na redução da base de cálculo da antecipação tributária, porém essa situação influenciará na redução da base de cálculo do ICMS próprio. Frisam que, mediante uma consulta ao *site* da Receita Federal, é possível saber se uma pessoa jurídica é distribuidora ou fabricante.

Refutam o argumento defensivo de que, no levantamento fiscal, os valores considerados como recolhidos pelo autuado não correspondem à realidade do montante efetivamente recolhido. Explicam que o ICMS-ST retido considerado no levantamento tiveram origem nos registros fiscais do autuado, coletados nos campos apropriados, inclusive no seu livro Registro de Entradas, fornecido ao Fisco em formato PDF.

Em relação às Notas Fiscais nºs 1.088 e 1.877, emitidas pela Hisamitsu Farmacêutica do Brasil Ltda., e 3.421 e 3.422, emitidas pela Facilit Odontológica e Perfumaria Ltda., afirmam que os valores considerados na auditoria fiscal como retidos pelo autuado estão em conformidade com os escriturados no livro Registro de Entradas, consoante fotocópias acostadas às fls. 70 a 79, sendo que os demais dados podem ser conferidos nas próprias notas fiscais eletrônicas.

Quanto às Notas Fiscais nºs 116, da Pinus Indústria Química e Farmacêutica (e não da Maravilha Curativa Ltda.), 1.215, do Laboratório Hepacholan S.A., 12.043, 14.543, 16.514 e 16.289, da Lillo do Brasil Ind. Com. Prod. Inf. Ltda., 1.064, do Laboratório Regius Ltda. (e não do Lavolho), ressaltam que não houve retenção do ICMS ST, conforme comprovam as fotocópias do livro Registro de Entradas acostadas às fls. 70 a 79.

Frisam que as multas indicadas no Auto de Infração estão em conformidade com a legislação tributária estadual vigente.

Ao finalizar, mantêm a ação fiscal em sua totalidade e sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A representante do autuado presente à sessão de julgamento, informou, na sustentação oral, que um incêndio ocorrido no estabelecimento fiscalizado dificultou a apresentação das provas citadas na defesa. Também argumentou que, em relação às operações em que foi acusado de ter deixado de reter o imposto, houve utilização equivocada de preços referentes a produtos de higiene bucal.

#### **VOTO**

Em sede de preliminar, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a descrição equivocada e o enquadramento legal das Infrações 1 e 2 não se harmonizam e nem oferecem segurança para o exercício do direito de defesa. Sustenta que não é responsável pela retenção do imposto em comento e que, no máximo, responderia supletivamente nos termos do art. 125, §1º, do RICMS-BA/97, que vigorou até 27/10/10.

O autuado, um estabelecimento distribuidor de produtos farmacêuticos, conforme o Termo de

Acordo que celebrou com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, é beneficiário do regime especial de tributação instituído pelo Decreto Estadual nº 11.872/09. Nos termos desse decreto, nas importações e aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais, o autuado fica responsável pela retenção do ICMS devido por substituição tributária (ICMS-ST) relativamente às operações subsequentes. Além disso, não se pode olvidar que as operações em tela são procedentes de unidades da Federação que não mais são signatárias do Convênio ICMS 76/94. Assim, nas operações relacionadas na autuação, a responsabilidade pela retenção do ICMS-ST era do autuado, especialmente quando se observa que a maior parte da autuação trata de retenção do imposto efetuada a menos. Não há, portanto, como se cogitar da aplicação da responsabilidade supletiva, prevista no do art. 125, §1º, do RICMS-BA/97, que vigorou até 27/10/10.

O enquadramento legal das infrações utilizado pelos autuantes não é razão para a nulidade do lançamento, haja vista que a descrição dos fatos é clara e precisa e o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativo e de legenda que deixam evidentes as infrações apuradas e a metodologia empregada na determinação dos valores exigidos. Acrescente-se que, nos termos do art. 19 do RPAF/99, o erro na indicação de dispositivo regulamentar não constitui razão de nulidade, desde que a descrição dos fatos deixe evidente o enquadramento legal.

Afirma o autuado que a multa descrita no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, não corresponde à tipificação dos fatos, o que impõe a decretação da nulidade do lançamento.

O disposto no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, prevê a aplicação da multa de 60% *quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição*. Dessa forma, a multa indicada na autuação se ajusta, com perfeição, às infrações descritas no Auto de Infração. Não há reparo a fazer na multa indicada pelos autuantes e, muito menos, para a decretação da nulidade do lançamento tributário de ofício.

Ainda em preliminar, argumenta que os demonstrativos que embasam a autuação lhe foram entregues em formato PDF, cerceando o seu direito de defesa.

Comungando com o posicionamento dos autuantes na informação fiscal, não vislumbro qualquer cerceamento de defesa em razão da entrega ao autuado dos demonstrativos em formato PDF. O porte do estabelecimento do autuado e a estrutura de tecnologia de informação (TI) que as suas operações exigem não se coadunam com a alegação trazida em preliminar. O formato PDF é um padrão aberto, ampla e mundialmente conhecido, sendo que há no mercado softwares gratuitos e de fácil manuseio para a conversão pretendida. Por fim, conforme consta na informação fiscal, o autuado entregou ao fisco dados referentes ao seu livro Registro de Entradas em formato PDF, o que demonstra a sua capacidade de manusear dados armazenados nesse formato.

Em face ao acima exposto, afasto as preliminares de nulidade suscitadas na defesa.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, II, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência ou de perícia, pois considero que os dados já existentes no processo são suficientes para o deslinde das questões, bem como as matérias em análise não dependem de conhecimento especial de técnicos.

Adentrando no mérito, afasto o argumento defensivo atinente à redução da base de cálculo do ICMS próprio em 10%, uma vez que esse procedimento adotado pelos autuantes está respaldado no Convênio ICMS 34/06, sendo que essa informação constou na legenda dos demonstrativos que embasaram a autuação.

O autuado em sua defesa faz alusão a divergências entre a planilha que diz ter confeccionado e a que foi elaborada pelos autuantes e, em seguida, diz que deve ter ocorrido algum erro na importação de dados pelos autuantes. Todavia, essa planilha citada na defesa não foi acostada aos autos e nem consta no CD-ROM trazido na defesa. Ficam, portanto, afastados esses argumentos defensivos.

O defendente afirma que, nas planilhas elaboradas pelos autuantes, as Notas Fiscais n<sup>os</sup> 1.088 e 1.877, emitidas pelo mesmo fornecedor, possuem reduções de base de cálculo do ICMS – ST em 10%

e 28,53%. Conforme foi bem explicado pelos autuantes na informação fiscal, o percentual da redução da base de cálculo é determinado de acordo com os produtos: caso estejam relacionados no Decreto nº 11.872/09, a redução da base de cálculo será de 28,53%, consoante o art. 1º, §1º, desse citado Decreto; nos demais casos, a redução é de 10%, prevista na cláusula segunda, §4º, do Convênio ICMS 76/94.

Os autuantes também esclareceram que, para saber se o estabelecimento remente era um distribuidor ou industrial, verificam essa informação no site da Receita Federal. Esse procedimento é válido, não havendo reparo a fazer. Além disso, o código fiscal da operação (CFOP) consignado nas notas fiscais informa se a mercadoria foi produzida pelo próprio estabelecimento ou se foi fabricada por terceiros.

O defendente assevera que, em relação às Notas Fiscais nºs 1.088, 1.877, 3.421, 3.422, 116, 1.215, 12.043, 14.543, 16.514, 1.064 e 16.289, os valores retidos informados pelos autuantes não correspondem estão em desacordo com a realidade dos montantes efetivamente pagos.

Esse argumento defensivo não se sustenta por dois motivos: primeiro, porque o autuado não comprovou essa sua alegação; segundo, porque as fotocópias do livro Registro de Entradas do autuado (fls. 70 a 79) atestam o acerto da ação fiscal.

Referindo-se especificamente à Infração 2, o defendente afirma que o recolhimento do ICMS foi realizado pelos remetentes das mercadorias em seu nome.

Não há como prosperar esse argumento, haja vista que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto lançado é do autuado, conforme o Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda. Além disso, o autor desses supostos recolhimentos poderá, por meio de processo próprio, solicitar a restituição desse valor pago indevidamente.

Na sessão de julgamento, referindo-se o item do lançamento que trata de falta de retenção do imposto, o autuado afirmou que havia equívocos na determinação dos preços de produtos de higiene bucal.

Afasto esse argumento defensivo, pois no item do lançamento que trata da falta de retenção do imposto – a Infração 2 – não foram relacionados produtos de higiene bucal e, além disso, o autuado não apontou qual seriam esses supostos equívocos.

Em face ao acima exposto, restou comprovado que as mercadorias relacionadas na autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária, bem como ficou demonstrado que o autuado reteve a menos (Infração 1) e deixou de reter (Infração 2) ICMS devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Assim, as Infrações 1 e 2 subsistem integralmente.

A multa indicada na autuação está correta e é a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, para as irregularidades que foram apuradas, não havendo, assim, correção a fazer. Quanto ao alegado caráter de confisco, não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar tal matéria, a teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99.

No que tange ao pedido de redução ou dispensa de multa, ressalto que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a apreciação de tal pedido é da competência exclusiva da Câmara Superior do CONSEF, mediante solicitação específica e atendidos os requisitos previstos, a teor do art. 159 do RPAF/99.

Por fim, ressalto que o incêndio ocorrido no estabelecimento do autuado foi posterior ao período abarcado pela ação fiscal, a qual foi realizada com base nos dados fornecidos pelo próprio contribuinte à Fiscalização em arquivos magnéticos.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298952.0001/12-5**, lavrado contra **SANTANA S.A. DROGARIA FARMÁCIAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$704.306,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR