

PROCESSO - A.I. Nº 09161015/00
RECORRENTE - LABORATÓRIO GLOBO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO- Acórdão da 6ª JJF Nº1493/00
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 08.03.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0099-12/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A base de cálculo para fins de retenção do imposto deve ser o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído, constante na tabela, sugerido pelo fabricante, conforme dispõe a Cláusula Segunda do Convênio 76/94. Infração caracterizada. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o Voto do Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/03/00, exige o valor de R\$5.869,90, em razão do recolhimento do ICMS, via GNRE, feita a menor pelo contribuinte substituto, conforme notas fiscais de n.º 14272 e 14280 e Termo de Apreensão de n.º 080115 (fls. 3, 6 e 9 dos autos), a qual deveria ser apurada consoante tabela da ABCFARMA. As mercadorias em tela eram medicamentos da linha humana.

O autuado, em sua defesa, afirma ter havido um equívoco por parte da autuante na lavratura do presente Auto de Infração por entender não existir órgão competente para estabelecer preços de medicamentos ou acordo firmado neste sentido. Considera, então, correta a base de cálculo prevista nos parágrafos 1º e 4º, das cláusulas 2ª e 3ª, do Convênio 76/94. Afirma, ainda, ter realizado recolhimento em favor do Estado da Bahia utilizando-se de percentual superior ao previsto no citado Convênio, o que, em seu entendimento, longe de prejudicar, favorece o Erário Estadual (83,76% ao invés de 60,07%). Ao final, transcrevendo a ementa do Acórdão 1241/99, por considerar favorável a sua pretensão, solicita a Improcedência do Auto de Infração.

O fiscal designado a prestar a informação fiscal, mantém integralmente a ação fiscal, dizendo que os demonstrativos de débito, de fls. 5 e 7, foram elaborados a partir de planilha alimentada com dados colhidos da ABCFARMA, no qual encontram-se elencados os preços máximos de venda a consumidor sugeridos pelos fabricantes, em conformidade com o que expressamente dispõe o “caput” da cláusula 2ª, do Convênio 76/94. Acrescenta que os percentuais de agregação citados pelo impugnante só são aplicados no caso da inexistência do valor acima mencionado, segundo prevê o parágrafo 1º, da cláusula 2ª, do mesmo Convênio acima referido.

Em 16/05/2000, através Acórdão 1493/00, a 6ª Junta julgou o Auto de Infração PROCEDENTE por entender que “a base de cálculo para fins de retenção do imposto deve ser o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído, sugerido pelo fabricante”.

Inconformado, o recorrente entra com Recurso Voluntário onde diz que “o autuante funda sua ação fiscal mera presunção, na medida que não fez juntada de prova essencial de sua autuação, ou seja, não trouxe ao presente processo administrativo cópia da Revista ABCFARMA, na qual afirma a autuante e tão somente afirma, que o autuado sugeriu o preço máximo de venda a consumidor, dos referidos medicamentos, objeto da presente autuação fiscal. Tal prova é indispensável e essencial para o deslinde do feito”. Salienta o recorrente que o preço máximo deve ser forjado, por órgão oficial. Após dizer que o contribuinte substituto deve seguir os mandamentos contidos no Convênio 76/94 e que utilizou percentual de agregação, de 92,35%, superior ao do Convênio, a Empresa pede pela Nulidade do Auto de Infração e não sendo esse o entendimento do órgão julgador que se reabra o prazo de defesa para apresentação de nova impugnação.

O autuante, em sua contestação, pede seja o Auto de Infração considerado PROCEDENTE.

A PROFAZ em Parecer de fls. 84/86, após análise, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

Em 22/11/2000, na assentada de julgamento, a Câmara decidiu solicitar a autuante que demonstrasse, com documento probante, como chegou à base de cálculo do imposto lançado no Auto de Infração e em resposta, a auditora informa não Ter sido possível anexar a Revista da ABCFARMA solicitada.

Em 22/03/2001, diante da resposta da autuante, a PROFAZ insiste que a mesma cumpra o solicitado, posição ratificada pela Câmara, em 23/04/2001.

Em 16/10/2001, finalmente, a auditora atende o solicitado anexando ao processo as fls. 59 e 111 da Revista ABCFARMA de 03/1997 e fls. 102 e 114 da mesma Revista de 07/1996, ficando em falta das demais publicações “por desconhecer a fonte dos dados vigentes em 1999 que fazem parte dos referidos demonstrativos”.

A Empresa, instada a se pronunciar no processo, tendo em vista a diligência, pede seja declarada a Nulidade do Auto de Infração.

A PROFAZ, tendo em vista o teor da diligência, modifica seu posicionamento e opina pelo PROVIMENTO do Recurso, para que se declare a nulidade da ação fiscal, pois a mesma está, a seu ver, “contaminada por vício de natureza absoluta, eis que, não está caracterizado o mecanismo eleito para o alcance da base de cálculo do tributo”.

VOTO VENCIDO

Da análise de tudo quanto consta do presente processo, percebe-se que a autuante não demonstrou como chegou à base de cálculo lançada no Auto de Infração. Para tentar corrigir a falha a 2ª Câmara solicitou à mesma que juntasse a Revista ABCFARMA no sentido de que pudesse fundamentar a autuação, comprovando os preços dados aos medicamentos, de modo irrefutável. Pois bem: a auditora só conseguiu apresentar quatro folhas da citada Revista, sendo duas do ano de 1996 e duas do ano de 1997! Ora, o Auto de Infração em questão foi lavrado no trânsito de mercadorias em 05/03/2000. Como pode o anexado pela autuante servir como prova da base de cálculo lançada? Além disso, disse textualmente, às fls. 95 do processo: “...ficando em falta das demais publicações, não encontradas naquele órgão, que deixo de fornecer por desconhecer a fonte dos dados vigentes em 1999 que fazem parte dos referidos demonstrativos”. Tal declaração, a meu ver, é “a pá de cal” do

Auto de Infração em tela, pois a própria autora da obra afirma que não tem como comprovar de que modo encontrou a base de cálculo do imposto lançado a débito da Empresa. Isso provocou cerceamento de defesa.

Diante do vício de natureza absoluta, que contaminou a ação fiscal, e de tudo quanto foi afirmado pela auditora, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que seja reformada a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é NULO, de acordo com o contido no artigo 18, I, II, III e IV, do RPAF vigente.

VOTO VENCEDOR

Peço venia para discordar do entendimento do Ilustre Relator, que votou pela Nulidade do Auto de Infração, sob alegação de que a autuante não anexou a tabela da ABCFARMA de um dos exercícios autuados, *in casu*, do exercício de 1999.

De igual modo, com a devida venia também discordo do opinativo da PROFAZ que considerou tal fato vício insanável e opinou pela decretação da nulidade do lançamento, modificando o seu entendimento manifestado em Parecer anterior, constante dos autos.

Passo a fundamentar as razões da minha divergência e justificar o meu voto pela Procedência do Auto de Infração em lide, mantendo a decisão exarada na 1ª Instância.

Ocorre que a infração está caracterizada vez que os demonstrativos de fls. 05 e 07, toma por base os preços constantes nas tabelas da ABCFARMA, e que foram apurados, respaldado nas planilhas distribuídas pela Gerência do Comércio Exterior e Substituição Tributária, conforme declara o autuante na informação fiscal. Ressalte-se que a lavratura ocorreu no Trânsito de Mercadorias e nos Postos Fiscais a verificação do recolhimento pelo contribuinte substituto, em se tratando de medicamentos, toma-se por base as referidas planilhas fornecidas pelo órgão retro mencionado.

Assim, estando os preços constantes nas notas fiscais nºs 014272 e 014280, em desacordo com o que estabelece a Cláusula Segunda do Convênio 76/94, a infração está caracterizada. Acrescente-se que as notas fiscais procedentes do Estado de Minas Gerais, o mesmo é signatário do aludido Convênio.

A legislação estadual, no art. 62 inciso I do RICMS/BA., dispõe que o preço adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, será o fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente.

O cerne da lide, portanto assenta-se na aplicação dos preços constantes na tabela da ABCFARMA.

O Contribuinte alega que na GNRE utilizou um percentual de agregação, referindo-se a uma nota fiscal nº 14251, que sequer foi objeto de apreensão e exigência no Auto de Infração ora em exame, como se vê do Termo de Apreensão nº 080115, onde ali faz referências às notas fiscais nº 014272 e 014280. Deste modo, cai por terra a tese de que utiliza margem superior a estabelecida no multicitado Convênio, conforme exemplo que ilustra à fl. 60 dos autos.

Quanto ao argumento de que inexistente qualquer tabelamento por parte do órgão e que a tabela de sugestão de preço serve apenas de referência, não concordo com tal alegação, uma vez que, efetivamente as listas de preços de certa forma refletem a interferência do governo, para exigir que nas vendas de produtos farmacêuticos se adote uma limitação das margens de comercialização, consoante os termos insertos no § 1º da Portaria Ministerial nº 37/92.

A aludida Portaria estabelece que o valor do produto será o preço estabelecido pelo fabricante, em consonância com o disposto na parte final da cláusula segunda do Convênio 76/94.

Nestes termos, mantenho a decisão proferida na 1ª Instância, posto que em reiteradas decisões concernentes a medicamentos, quanto a retenção e recolhimento a menos pelo contribuinte substituto este órgão Colegiado tem decidido que devem ser observadas as disposições contidas no multicitado Convênio.

Por tudo aqui exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **09161015/00**, lavrado contra **LABORATÓRIO GLOBO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.869,90**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de Fevereiro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PROFZ