

A. I. Nº - 000.863.487-4/03
AUTUADO - GLOBOFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTE - NORMANDO COSTA CORREIA
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 06/08/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0286-03/03

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Não restou comprovado que o contribuinte havia sido cientificado da cassação do Regime Especial que possuía à época da ação fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 08/04/03, para exigir o ICMS, no valor de R\$1.909,81, acrescido da multa de 60%, pela fiscalização de trânsito de mercadorias, em decorrência da falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, na primeira repartição fazendária do percurso, referente às mercadorias (medicamentos) constantes nas Nota Fiscal nº 018109, relacionadas na Portaria nº 270/93 e procedentes do Estado de São Paulo.

O autuado impugnou o lançamento (fls. 14 a 26) inicialmente ressaltando que, no Estado de Direito, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal aos contribuintes, os quais estão descritos no Código Tributário Nacional e no artigo 2º, do RPAF/99.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que possui Regime Especial para recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, até o quinto dia do mês subsequente ao da entrada das mercadorias em seu estabelecimento, fato desconsiderado pelo autuante na ação fiscal. Diz que embora o preposto fiscal tivesse sustentado que o referido Regime Especial encontrava-se cassado, até o presente momento não foi regularmente cientificado de tal cassação, consoante preceitua o artigo 908, § 4º, do RICMS/97, “que exige a ciência da cassação do regime especial para pagamento do imposto pelo contribuinte como requisito para que esta produza seus efeitos”.

Pelo exposto, argumenta que a autuação é desprovida de motivo e, portanto, nula, pois cabia ao preposto fiscal a prova da efetivação da aludida ciência, já que lhe imputa o cometimento de infração. Transcreve o artigo 18, do RPAF/99 e a ementa da Resolução nº 1108/91 deste CONSEF para corroborar suas alegações.

No mérito, afirma que, mesmo que o Regime Especial a ele concedido estivesse cassado, ainda assim, o lançamento seria improcedente, haja vista que a base de cálculo utilizada pelo autuante não encontra amparo legal.

Ressalta que o Convênio ICMS 76/94 estabelece, por exclusão, três hipóteses para a determinação da base de cálculo do ICMS:

1. o preço constante da tabela sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor (cláusula segunda, 1ª parte);
2. o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (cláusula segunda, 2ª parte);
3. ou preço praticado pelo remetente, nas operações com o comércio varejista, incluindo-se o IPI, o frete e outras despesas acrescidas de percentual estabelecido de conformidade com a alíquota praticada pelo Estado destinatário (parágrafo primeiro, cláusula segunda), combinado com o percentual de desconto de dez por cento previsto na cláusula quarta.

Alega que o fisco baiano vem utilizando, como base de cálculo do imposto, o preço sugerido nas revistas do ramo, como a ABC Farma, Kairos etc, violando o citado Convênio ICMS 76/94, do qual a Bahia é signatária, bem como o RICMS/97, “olvidando, indubitavelmente, a legislação pertinente”, uma vez que, não havendo preço máximo fixado por órgão competente no caso dos medicamentos, não é aceitável “que se tome como base de cálculo para recolhimento do ICMS substituto, o preço sugerido por outros fabricantes”.

Prossegue dizendo que, em princípio, se poderia pensar em adotar o preço sugerido pelo industrial, já que alguns laboratórios têm seus preços publicados em revistas farmacêuticas, contudo, diz que “a publicação porventura feita em tais revistas não tem o condão de fixar a base de cálculo porque não são dotados da devida segurança, possuindo caráter meramente informativo”.

Transcreve parte das decisões exaradas pela primeira instância deste CONSEF, nos Acórdãos JJF nºs 0972/01, 1118/99 e 1241/99, e conclui que não há possibilidade de utilização das duas fórmulas, pois a Cláusula segunda do aludido Convênio é clara: somente na falta de preço constante em tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor (conforme a Portaria nº 37/92) é que se pode utilizar o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (preços anunciados em revistas especializadas); e somente na falta deste último, aplicar-se-á a terceira hipótese.

Aduz que, como não há preço fixado por autoridade competente e não há nenhuma comprovação de que tenha publicado ou divulgado seus preços nas revistas farmacêuticas, ou mesmo sugerido ao público, por qualquer meio, os preços de seus medicamentos, entende que deve ser utilizada, como base de cálculo, aquela determinada na Cláusula segunda, § 1º (percentual de agregação) e § 4º (redução de 10%), combinada com as Cláusulas terceira e quarta, todas do multicitado Convênio ICMS 76/94, as quais transcreve, *ad litteram*, sobre o preço de fábrica agregado das despesas que o oneram, exatamente como havia procedido.

Salienta que o percentual de agregação, no presente caso, é de 60,07%, a ser aplicado sobre o valor da Nota Fiscal, em consonância com o que prescreve o artigo 61, inciso II e § 2º, inciso I, do RICMS/97, de acordo com o Parecer da DITRI exarado no Processo nº 1727780012.

Finalmente, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 35), ratifica a autuação aduzindo “as circunstâncias materiais que envolveram o ilícito fiscal estão descritos no TERMO DE OCORRÊNCIA que dá suporte ao AUTO DE INFRAÇÃO supra citado” e que, como o contribuinte encontra-se com o Regime Especial cancelado, o pagamento do imposto, por antecipação tributária, deveria ter sido efetuado na primeira repartição fazendária do percurso, o que não ocorreu.

Tendo em vista que o autuante acostou novos documentos em sua informação fiscal, o contribuinte foi intimado a se pronunciar (fls. 37 e 38), mas preferiu não fazê-lo.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado, no trânsito de mercadorias, em razão da falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, na primeira repartição fazendária do percurso, referente às mercadorias (produtos farmacêuticos) constantes na Nota Fiscal nº 018109, as quais são procedentes do Estado de São Paulo e estão relacionadas na Portaria nº 270/93.

O autuado se insurgiu contra a autuação, preliminarmente suscitando a sua nulidade, sob o argumento de que possui Regime Especial para recolhimento do imposto até o quinto dia do mês subsequente ao da entrada das mercadorias em seu estabelecimento, fato desconsiderado pelo autuante na ação fiscal.

O contribuinte acrescentou que, embora o preposto fiscal tivesse sustentado que o referido Regime Especial encontrava-se cassado, até o presente momento não foi regularmente cientificado de tal cassação, consoante preceitua o artigo 908, § 4º, do RICMS/97, “que exige a ciência da cassação do regime especial para pagamento do imposto pelo contribuinte como requisito para que esta produza seus efeitos” e, portanto, alega que a autuação é desprovida de motivo e, portanto, nula, pois cabia ao preposto fiscal a prova da efetivação da aludida ciência.

O RPAF/99 prevê, em seu artigo 107, que “a concessão de regime especial para pagamento de imposto ou para emissão de documentos ou escrituração de livros fiscais será feita nos termos do Regulamento do ICMS”.

Por sua vez, o RICMS/97 disciplina, em seus artigos 901 a 909, o pedido, exame, concessão, averbação, controle e alteração ou cassação de Regimes Especiais para pagamento do ICMS, bem como para a emissão de documentos ou a escrituração de livros fiscais, da seguinte forma:

Art. 908. O regime especial concedido poderá ser alterado ou cassado, a qualquer tempo, sendo competente para determinar a alteração ou a cassação o Diretor de Tributação, mediante despacho em processo devidamente instruído.

§ 4º Uma vez determinada a alteração ou cassação de regime especial, o contribuinte será cientificado, via INTERNET ou pela Inspetoria Fazendária do seu domicílio fiscal, observados os procedimentos previstos nos artigos 904 a 906.

Art. 904. O contribuinte será cientificado acerca da concessão ou indeferimento do pedido de Regime Especial:

I - via INTERNET.

II - pela Inspetoria de seu domicílio fiscal, se não for possível efetuar-la via INTERNET ou quando o contribuinte não acessar o sistema informatizado da Secretaria da Fazenda no prazo previsto no § 1º, hipótese em que serão fornecidas cópias do ato ou despacho concessivo ou denegatório e, quando for o caso, dos modelos e sistemas aprovados.

§ 1º A cientificação de que cuida o inciso I será precedida de aviso, via INTERNET, de que a decisão correspondente ao pedido de regime especial encontra-se disponível no banco de informações do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, considerar-se-á cientificado o contribuinte somente após o mesmo ter acessado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados do recebimento do aviso, ao banco de informações em que consta a decisão acerca do pedido de regime especial.

§ 3º Decorrido o prazo previsto no parágrafo anterior sem que o requerente tenha

acessado ao banco de informações, caberá à Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte providenciar a cientificação.

Examinando os documentos acostados às fls. 9 e 36, além de ter realizado pesquisa no INC – Sistema de Informações do Contribuinte, constatei que, não obstante constar no referido sistema de processamentos de dados da Secretaria da Fazenda que o Regime Especial do autuado foi cassado através do Processo nº 1645/2003, não há a indicação da data da ciência, por parte do sujeito passivo, do despacho da autoridade fazendária, o que, a meu ver, confirma as alegações do autuado, de que não foi cientificado da mencionada cassação de seu Regime Especial. O fato de o autuante não ter refutado, na informação fiscal, as alegações defensivas, inclusive trazendo ao PAF as provas de que o contribuinte teria sido cientificado da cassação do mencionado Regime Especial, para pagamento do ICMS em data posterior, somente reforça a argumentação do sujeito passivo.

Assim, considerando os motivos acima relatados, entendo que o Regime Especial concedido ao autuado era válido e, portanto, apto a produzir seus efeitos legais e jurídicos, na data da lavratura deste Auto de Infração e, dessa forma, somente poderia ter sido exigido o imposto, por antecipação tributária, após decorrido o prazo previsto no aludido Regime Especial.

É importante ressaltar que a autoridade fazendária que exarou o despacho de cancelamento do Regime Especial foi o Inspetor Fazendário de Feira de Santana (fl. 8), embora, pelo artigo 908, do RICMS/97, a autoridade competente para tal mister seja o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda. Ocorre que o Decreto nº 8.413/02, em seu artigo 10, prevê que “as autorizações concedidas mediante regime especial que após a publicação do Decreto nº 8.375/02 passaram para a competência dos titulares de inspetorias e gerências poderão ser canceladas, a qualquer tempo, por essas autoridades”.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 000.863.487-4/03**, lavrado contra **GLOBOFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2003

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA