

A. I. Nº - 298962.0004/03-7
AUTUADO - REVIDA COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - EGÍDIO SILVA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 13.05.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0153/01-04

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Foi alegado pela defesa que o estabelecimento ainda não teria implantado o sistema de processamento eletrônico de dados, e que toda a sua escrituração seria feita manualmente. Não provou isso. Mantida a multa. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA A CONSUMIDOR PUBLICADOS EM REVISTA DO SETOR FARMACÊUTICO COMO BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO ANTECIPADO. No levantamento fiscal existem produtos que não integram o rol das mercadorias sujeitas a substituição tributária. Os autos foram objeto de diligência para juntada de prova, pelo fisco. A cópia da revista anexa pelo autuante não contempla os produtos objeto da ação fiscal em questão, e o único produto que figura na lista da revista contém preço diverso daquele adotado pela fiscalização. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/5/03, apura os seguintes fatos:

1. falta de entrega de arquivos magnéticos ao fisco – multa de R\$ 3.473,56;
2. pagamento de ICMS por antecipação efetuado a menos, nas aquisições de medicamentos oriundos de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94, em virtude de diferença entre os preços máximos de venda a consumidor e os preços praticados pelos laboratórios em suas Notas Fiscais de venda ao autuado, sendo lançado imposto no valor de R\$ 58.580,19, com multa de 60%.

O contribuinte inicia sua defesa questionando, como preliminar, a eficácia do Termo de Início de Fiscalização, alegando inobservância de requisito legal. Pede a nulidade do procedimento. Transcreve ementa de julgamento da 5ª Junta, através da Resolução JJF 811/99, em que foi decretada a nulidade do procedimento por ter o Auto de Infração, naquele caso, sido lavrado após o prazo de validade do Termo de Início de Fiscalização.

Quanto aos fatos, o autuado alega que a sua empresa, até o ano de 2002, não tinha implantado o sistema de processamento eletrônico, tendo toda a sua escrituração feita manualmente. Aduz que, para facilitar os trabalhos da fiscalização, uma vez que dispunha também de dados eletrônicos,

forneceu ao auditor listagens para que o mesmo procedesse ao levantamento fiscal. Conclui alegando ser indevida a multa de que cuida o item 1º do Auto de Infração.

Relativamente ao item 2º, o autuado inicia a defesa fazendo alusão à Lei federal nº 8.884/94, que cuida da prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, a chamada Lei Antitruste. Argumenta que, de acordo com o art. 21 da referida lei, é ilegal a norma do RICMS/BA que prevê a fixação de preços por fabricante, considerando que não pode a base de cálculo ser utilizada para fins de apuração do tributo estadual.

No que concerne ao art. 61, I, do RICMS/BA, a defesa observa que o mesmo não determina que a base de cálculo da substituição tributária seja aquela sugerida pelo fabricante, como sendo o preço de consumidor final. Destaca a conjunção “ou”, quando a norma fala em preço sugerido pelo fabricante ou preço fixado por autoridade competente.

Reporta-se aos termos da Lei Complementar nº 87/96 (art. 8º, e seu § 2º) e da Lei nº 7.014/96 (art. 23, §§ 2º e 3º). Apela para a interpretação sistemática da legislação, frisando que o ordenamento jurídico não se esgota somente no RICMS. Argumenta que a Lei nº 7.014/96 é clara ao determinar que, havendo preço fixado por autoridade competente, este será utilizado como base de cálculo para fins de substituição tributária por antecipação. Observa que o preço sugerido pelo fabricante para venda no balcão (preço final a consumidor) só é utilizado como base de cálculo na falta de preço estabelecido por órgão competente. Protesta que em momento algum foi provado que os preços apontados como de venda a consumidor final são os realmente sugeridos pelo fabricante, sustentando que de fato não são. Considera que há preço fixado por órgão público, haja vista a Portaria nº 37/92 do Ministério da Fazenda e Planejamento. Aduz que o imposto pago por antecipação implica a exoneração das operações subseqüentes. Aponta aspectos que considera erros de cálculo do procedimento fiscal.

Pede que se decrete a nulidade do procedimento, ou, caso ultrapassada a preliminar, que se julgue improcedente o lançamento. Requer, em adendo, prazo de 10 dias para a juntada de outros documentos de prova.

O fiscal autuante prestou informação observando que consta à fl. 8 dos autos o Termo de Início de Fiscalização e Intimação para Arrecadação de Livros e Documentos. Sinaliza que à fl. 301 consta Termo de Prorrogação dos trabalhos de fiscalização.

Quanto aos arquivos magnéticos, o fiscal diz que a empresa faz uso dos mesmos na emissão de documentos fiscais por processamento eletrônico de dados, conforme AIDF 19250024252001, de 26/7/01, e não foram solicitados os arquivos relativos aos livros, mas sim àqueles inerentes às Notas Fiscais emitidas pela empresa.

No que concerne ao 2º item do Auto de Infração, o fiscal considera que o tributo é devido, uma vez que a substituição tributária deve incidir sobre os preços máximos publicados pela tabela da *ABCFARMA*, e o pagamento deve ser feito pelo adquirente quando adquire medicamentos de laboratórios situados em Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94. Diz que foi cobrado o imposto recolhido a menos. Quanto aos preços aplicados, o fiscal explica que são os constantes nas tabelas da *ABCFARMA* em data proximamente anterior às Notas Fiscais, devidamente atualizados. Opina pela manutenção do lançamento.

O autuado requereu juntada de cópias de documentos fiscais e guias de recolhimento do imposto.

O processo foi remetido em diligência para que o fiscal autuante anexasse as cópias da Revista *ABCFARMA*, de acordo com a qual, conforme disse na informação, teria sido calculado o imposto.

Foi solicitado, ainda, que o fiscal se manifestasse a respeito dos documentos juntados aos autos pelo sujeito passivo.

Em resposta, o fiscal respondeu que as revistas que o auxiliaram na confecção do trabalho, basicamente no apanhado dos medicamentos, laboratórios e respectivos preços, lhe tinham sido emprestadas por uma farmácia da região, e, quando tentou tomá-las emprestadas novamente, a referida farmácia informou que as revistas já tinham sido dilaceradas ou jogadas fora. Diante disso, diz que tentou obter junto à própria Secretaria da Fazenda as listas com datas próximas aos exercícios fiscalizados, mas há algumas diferenças de preços e às vezes o laboratório e o medicamento já não constam mais nas listas ou já mudaram de nome. A seu ver, esta é uma “técnica” bastante usada pelos laboratórios para ludibriar a fiscalização e assim recolher a menos o tributo devido pela substituição, de modo que, quando as Secretarias Estaduais atualizam os dados dos programas, os fabricantes modificam algum dado do medicamento e assim o programa não “acessa”. Observa que nas listas anexadas já não existem alguns medicamentos. Aduz o autuante que, como na diligência foi solicitada a juntada, pela empresa, de cópias das listas de preços dos laboratórios, talvez estes provem o contrário do que foi apresentado pelo fisco. Comenta que o programa implantado pela SEFAZ para apuração de fatos dessa natureza sofre sempre atualizações, embora nunca constantemente e na mesma dinâmica das publicações dos órgãos que trabalham nesse sentido, o que considera acarretar grandes dificuldades para se ter um preço atualizado ou mesmo o nome dos produtos.

Quanto aos documentos apresentados pela defesa, o fiscal diz que, quando prestou a informação, falou superficialmente sobre os mesmos porque, naquela oportunidade, considerou que aquilo seria suficiente, pois toda a documentação juntada aos autos pelo autuado já tinha sido anexada pelo autuante e as exceções existentes eram válidas e não tinham nenhum critério de mudança no procedimento, como é o caso das cópias do Registro de Entradas. Assegura que os referidos documentos foram apreciados e considerados em conformidade. Observa que a defesa havia anexado diversas Notas Fiscais e alguns documentos de arrecadação, sendo que todos esses documentos já tinham sido anexados pelo autuante.

Conclui dizendo que as listas de preços da *ABIFARMA* e da *ABCFARMA* são públicas, mas nem sempre se acham disponíveis nas datas em que se precisa. Por outro lado, o programa da Secretaria da Fazenda utilizado para apuração do imposto devido tem sua atualização em datas esparsas, nem sempre muito próximas das datas das Notas Fiscais apreciadas.

Conclui pedindo “deferimento”.

VOTO

A defesa argüiu como preliminar o fato de o Termo de Início de Fiscalização ter perdido a eficácia, por extrapolar o prazo de 60 dias.

O § 1º do art. 28 do RPAF/99 prevê que o procedimento de fiscalização deve ser concluído no prazo de 60 dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo de que cuida aquele parágrafo e não sendo o mesmo prorrogado, poderá o sujeito passivo exercer o seu direito à denúncia espontânea, enquanto não for iniciado novo procedimento fiscal.

Note-se, portanto, que a consequência jurídica da inobservância das formalidades do dispositivo em apreço não é a nulidade do procedimento, mas sim que a empresa deixa de considerar-se sob ação fiscal, podendo, caso pretenda, recolher o tributo porventura devido espontaneamente. Ou seja, se a fiscalização extrapolar o prazo de 60 dias, sem comunicar ao contribuinte, por escrito,

a prorrogação dos trabalhos, o sujeito passivo poderia ter exercido o seu direito à denúncia espontânea. Isso não se deu. Rejeito a preliminar suscitada. Passo ao exame do mérito.

O item 1º do Auto de Infração diz respeito a multa por falta de entrega de arquivos magnéticos ao fisco. O autuado alegou na defesa que o seu estabelecimento, até o ano de 2002, não tinha implantado o sistema de processamento eletrônico de dados, tendo toda a sua escrituração feita manualmente. Disse que estaria juntando prova disso. Não juntou. Mantenho a multa.

Quanto à acusação feita no 2º item, o autuado teria feito o pagamento de ICMS por antecipação a menos, nas aquisições de medicamentos oriundos de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94, em virtude de diferença entre os preços máximos de venda a consumidor e os preços praticados pelos laboratórios em suas Notas Fiscais de venda ao autuado. Na informação fiscal, o autuante disse que considera devido o tributo uma vez que a substituição tributária deve incidir sobre os preços máximos publicados pela tabela da *ABCFARMA*. Foi determinado em diligência solicitada por esta Junta que o fiscal anexasse aos autos as cópias da aludida Revista *ABCFARMA*, nas quais estivessem publicadas as referidas tabelas, para demonstração do que é acusado no Auto de Infração, compreendendo todos os itens de medicamentos objeto da ação fiscal, relativamente a cada laboratório.

A diligência não foi cumprida. A cópia anexa às fls. 526/559 (da revista *Guia da Farmácia*, de acordo com indicação de rodapé, e não da *ABCFARMA*, como disse o fiscal) não contempla os produtos objeto da ação fiscal em questão. O autuante alega que havia pedido emprestado a revista (*ABCFARMA*) a uma determinada farmácia, e quando pediu novamente a revista para cumprir a diligência a mesma já havia sido destruída.

Na verdade, as provas devem ser anexadas aos autos no momento da autuação, fornecendo-se, na intimação, cópias das mesmas ao sujeito passivo, como manda o art. 46 do RPAF/99. Se a acusação diz respeito a divergências de preços entre os constantes no documento fiscal e os publicados em determinada revista, é imprescindível a juntada de cópia da revista. Os fatos devem ser carregados aos autos por quem os alega.

A defesa protesta que em momento algum foi provado que os preços apontados como de venda a consumidor final fossem os realmente sugeridos pelo fabricante, sustentando que de fato não o são.

Analisando a cópia da revista anexa às fls. 526/559 (revista *Guia da Farmácia*, de acordo com indicação de rodapé), noto que a listagem não contempla os produtos objeto da ação fiscal em questão. Chequei com todo cuidado, item por item, e assinalo o seguinte:

1. existem produtos, no levantamento fiscal, que não integram a substituição tributária, a exemplo de sabonetes e xampus;
2. o fiscal não tirou cópia da capa da revista, de modo que não se tem certeza de qual o mês da publicação; por certas observações feitas pelo editor, conclui-se que ela é posterior a novembro de 2001; o levantamento compreende também meses anteriores a novembro;
3. o preço do produto Diprobeta suspensão inj. cx. 1 amp. 1 ml, do laboratório Bunker, em janeiro de 2002, de acordo com o levantamento fiscal à fl. 24, é R\$ 10,14, ao passo que na lista da revista à fl. 537 o preço máximo a consumidor à alíquota de 17% é de R\$ 9,15;
4. o produto Acetato Medroxipro, do laboratório Bunker, em janeiro de 2002 (fl. 25), não consta na lista da revista (de Acerola pula para Aceticil);

5. Colírio Cloranfenicol, do laboratório Bunker, em janeiro de 2002 (fl. 25), não consta na lista da revista (o único colírio é do Laboratório Legrand);
6. Beritin, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 28), não consta na lista da revista (de Beriplast pula para Berlison);
7. Assdatil, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 28), não consta na lista da revista (de Aspirina pula para Assepium);
8. Mebendathil, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 28), não consta na lista da revista (de Mebendagel pula para Mebendazol);
9. Becdazol, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 28), não consta na lista da revista (de Bazoton pula para Becenum);
10. Baczin, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 29), não consta na lista da revista (de Bactroban pula para Baklinger);
11. Flamatrat, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 29), não consta na lista da revista (de Famoxil pula para Gastrocimet);
12. todos os demais produtos da fl. 29 (Butacid, Dexamex, Katrizan, Miocardil, Nimelid, Predcort e Zoldan), do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002, não constam na lista da revista;
13. Belmirax (fl. 30), do laboratório Belfar, em janeiro de 2002, não consta na lista da revista;
14. todos os produtos da fl. 31 (Calsol, Belcomplex, Belspan, Sarnerico, Tebiloba e Deltapio), do laboratório Belfar, em janeiro de 2002, não constam na lista da revista;
15. todos os produtos da fl. 32 (Hidroten, Dipigina, Plabel e Sulferbel), do laboratório Belfar, em janeiro de 2002, não constam na lista da revista;
16. Novovita, do laboratório Pró-Saúde, em janeiro de 2002 (fl. 33), não consta na lista da revista;
17. Nervovita, do laboratório Pró-Saúde, em janeiro de 2002 (fls. 34, 35, 36 e 37), não consta na lista da revista;
18. Vitaglos, do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002 (fl. 38), não consta na lista da revista;
19. todos os produtos da fl. 39 (Algi-flanderil, Capitozen e Zoldan), do laboratório Vitapan, em janeiro de 2002, não constam na lista da revista;
20. todos os produtos das fls. 40, 41, 42, 43 e 44 (Biofortônico, Leite de Magnésia, Melatossil, Sorinan, Albemdal, Ritpress, Própolis, Sabonete Glicerina, Nevraldor e Tyol), do laboratório Pharmascience, em janeiro e fevereiro de 2002, não constam na lista da revista;
21. Dipigina, do laboratório Belfar, em março de 2002 (fl. 45), não consta na lista da revista;
22. todos os produtos das fls. 46 e 47 (Bacina, Beflox, Belfaren, Belmirax, Betametazol, Flagimax, Flaticon, Flucol, Lisoderme, Piroflan, Calsol, Belcomplex, Belspan, Iernergina, Paramol, Plabel, Promergan, Sarnerico e Sulferbel), do laboratório Belfar, em março de 2002, não constam na lista da revista;
23. no caso dos produtos objeto do levantamento de julho até novembro de 2001, não foi apresentada a lista pelo autuante; na lista apresentada não constam os produtos dos laboratórios Arte Nativa, Lapon, Bio-Macro, Pharlab, Pharmus, Globo e Ermon;
24. quanto ao mês de dezembro de 2001, todos os produtos da fl. 114 (Dermonil, Doraflex, Ferri-son, Fungitrin, Becdazol e Soripan), do laboratório Vitapan, não constam na lista da revista.

25. todos os produtos das fls. 115 e 116 (Betacortizol, Flagimax, Flaticona, Flucol, Neutoss, Nilclamida, Tromizin, Vagistamina, Piroflan, Paramol, Pasta d'Água, Piosan, Piomicina, Sulferbel, Belcomplex, Gargotos, Calminex, Gretest, Levedo de Cerveja e Nesofar), do laboratório Belfar, em dezembro de 2001, não constam na lista da revista;
26. todos os produtos da fl. 117 (Dermonil, Doraflex, Ferrison, Fungitrin, Secdazol e Soripan), do laboratório Vitapan, em dezembro de 2001, não constam na lista da revista;
27. todos os produtos da fl. 118 (Baczin, Nimelid, Cicatrizan, Predcort, Treciclin, Dexamex, Dibetam, Doxilina, Eritrovit, Nixtax, Zoldan, Ampitrat, Bronquil, Cinazin e Flamatrat), do laboratório Vitapan, em dezembro de 2001, não constam na lista da revista;
28. Vitaglos e Assedatil, do laboratório Vitapan, em dezembro de 2001 (fl. 119), não constam na lista da revista;
29. Butacid, do laboratório Vitapan, em dezembro de 2001 (fl. 120), não consta na lista da revista.

Não foi provado nos autos que os preços máximos de venda a consumidor sugeridos ao público pelos fabricantes dos medicamentos (e outros produtos como sabonetes e xampus) fossem superiores aos indicados nos documentos fiscais, como acusa o fisco. O lançamento de que cuida o 2º tópico do Auto de Infração é desprovido de fundamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298962.0004/03-7**, lavrado contra **REVIDA COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa de **R\$ 3.473,56**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Esta Junta 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, 5 de maio de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA