

PROCESSO - A. I. Nº 206951.0007/04-8
RECORRENTE - CAMPOS SOUZA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0248-02/05
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 04/11/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0367-11/05

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado o recolhimento a menos do tributo por antecipação, conforme previsto na legislação. Infração não elidida. 2. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Multas de 1% e 10% respectivamente. Infrações elididas em parte. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Não foi apreciada a alegação de ilegalidade da legislação tributária por não se incluir na competência do órgão julgador no âmbito administrativo. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, em lide, lavrado em 06/12/2004, para exigência de ICMS e de multa no valor total de R\$375.958,83, em decorrência dos fatos:

1. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$274.585,30, no período de janeiro de 2002 a novembro de 2003, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às mercadorias (medicamentos e correlatos) adquiridas de outras Unidades da Federação que não fazem parte do Convênio ICMS nº 76/94, e relacionados no Anexo 88, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, por não ter aplicado o Preço Máximo de Venda ao Consumidor, nos termos da Cláusula 3ª do citado Convênio, publicado mensalmente em revistas especializadas, conforme demonstrativos e documentos às fls. 10 a 736. O débito foi calculado separadamente obedecendo ao prescrito no § 1º da Cláusula 2ª do Convênio ICMS 76/94, referente a medicamentos que não estão sujeitos ao controle de preços, e cujos recolhimentos foram efetuados nos mesmos DAE's.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$100.378,50, no período de janeiro de 2002 a novembro de 2003, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, relativamente a lançamento no Registro de Saídas das notas fiscais relacionadas às fls. 737 a 789 de saídas tributáveis de mercadorias como isentas.

3. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho de 2002, abril, julho e novembro de 2003, sujeitando-se a multa no valor de R\$938,47, equivalente a 10% sobre o valor comercial das entradas não escrituradas, conforme documentos às fls. 789 a 795.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho e outubro de 2002, sujeitando-se à multa no valor de R\$ 56,56, equivalente à 1% sobre o valor comercial das entradas não escrituradas, conforme documentos às fls. 789 a 795.

A JJF inicia seu julgamento informando que não se inclui em sua competência a declaração de inconstitucionalidade, (art. 167, I, do RPAF/99), argüida pela parte, quanto a diligência também solicitada, diz ser desnecessária, por conter os autos todos os elementos para o competente julgamento.

A seguir passa a analisar as infrações conforme sua sequência no Auto de Infração:

INFRAÇÃO 1

Assinala que o autuado na qualidade de empresa distribuidora, estabelecida no Estado da Bahia, efetuou antecipação a menos no período de 01/02 a 11/03 na aquisição de mercadorias provenientes de São Paulo, Minas Gerais e Goiás, Unidades da Federação que não fazem parte do Convênio nº 76/94 e relacionadas no Anexo 88, do RICMS, por erro na determinação da base de cálculo, com base no preço máximo de venda a consumidor publicado em revistas especializadas, conforme demonstrativos, que fazem parte dos autos.

Diz que o débito está demonstrado nas planilhas constantes às fls.10 a 80, com base nos preços máximos de vendas ao consumidor, publicados em revistas especializadas do setor de medicamentos. Nas ditas planilhas estão discriminados analiticamente os valores do preço máximo ao consumidor de cada produto constante da Nota Fiscal.

Afirma a JJF, que todas as mercadorias são medicamentos, e, portanto, estão enquadradas no regime de substituição tributária, e são originárias dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Goiás, os quais, deixaram de ser signatários do Convênio nº 76/94. Sendo assim, é de inteira responsabilidade do estabelecimento autuado o pagamento do imposto, na condição de adquirente das mercadorias, por antecipação na entrada, no território deste Estado, na fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria, na forma estabelecida na Portaria nº 270/93 alterada pela Portaria nº 141/94. Portanto, é de inteira responsabilidade do estabelecimento autuado o pagamento do imposto.

O ilustre relator da JJF diz está entendido que o autuado reconhece sua obrigação como substituto tributário, tanto que, conforme infração 1 efetuou a antecipação a menos em várias operações de compras interestaduais. Tendo aduzido, tão-somente, ilegalidade da base de cálculo utilizada para a apuração do imposto, com base nos preços máximos de venda ao consumidor, oriundos de publicações especializadas, por considerá-los não fixados pela autoridade oficial.

Considera a JJF que a fiscalização agiu, dentro da legalidade, pois em acordo com a Cláusula Segunda do Convênio nº 78/94, haja vista que foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor, constante das tabelas de preços publicadas em revistas especializadas do setor de medicamentos

Desse modo, considera que não há qualquer ilegalidade na base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, pois a mesma foi calculada corretamente de acordo com o Convênio nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA., qual seja, sobre “.....o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente”, como aliás, nestes

casos é a jurisprudência reinante nos órgãos julgadores do CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF nº 0452-02/02.

No tocante a alegação de que as operações do mês de janeiro já haviam sido consideradas em outro Auto de Infração, entende o relator, que não assiste razão ao autuado, pois conforme esclareceu a autuante as notas fiscais no demonstrativo de débito foram lançadas no mês de fevereiro, conforme consta no Livro Registro de Entradas à fl. 1.097.

A alegação do contribuinte de ilegalidade na inclusão de mercadorias adquiridas e que são destinadas a não contribuintes (hospitais, clínicas médicas e órgãos públicos em geral, principalmente prefeituras), considera a JJF que, conforme informado pela autuante, o estabelecimento desde março de 2001 é detentor de Regime Especial para o ressarcimento proporcional desse imposto que teria pago a mais, observa que cabe em processo específico para esse fim ser reivindicado o seu direito, observadas as regras previstas no artigo 33 da Lei nº 7.014/96 e no RPAF/99.

INFRAÇÃO 2 – Reconheceu o autuado que deixou de recolher o ICMS cobrado no valor de R\$100.378,50 correspondentes a operações normais lançadas como não tributáveis, conforme as notas fiscais relacionadas nos autos às fls. 737 a 788.

Com relação à multa, informa a JJF, foram aplicadas com base no fundamento de que as Notas Fiscais nºs 19.045; 27; 425.194; 32.219; 634.631 e 441.041 não haviam sido escrituradas no Registro de Entradas, sendo aplicadas as multas de 10% e de 1%, nos valores de R\$938,47 e R\$56,56, respectivamente. Porém ficou esclarecido que somente as Notas Fiscais nºs 19.045 e 634.631 se encontravam registradas, conforme documentos às fls. 1.122 e 1.285.

Desta forma, subsistem em parte a infração 3 no valor de R\$915,70, e a infração 4 no valor de R\$3,97. De sorte que em sua conclusão a JJF vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$375.883,47.

Em voto em separado o ilustre julgador, analisa a questão detalhadamente, para concluir: *“No entanto, embora não haja prova, nos autos, de que os preços publicados na revista são, de fato, sugeridos pelo fabricante para as vendas no varejo, e apesar de também não ter sido provado que os preços em questão sejam os efetivamente adotados pelas farmácias e drogarias, noto que a defesa não juntou aos autos as Listas de Preços dos laboratórios fabricantes dos medicamentos, para fundamentar a alegação de que o tributo foi calculado corretamente a partir dos preços de fábrica, pois apenas anexou planilhas de cálculos (fls. 1450/1465). Por isso – e só por isso – acompanho o voto do nobre relator.*

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Em sede de Recurso Voluntário, inconformado com a Decisão de primeira instância, o autuado ora recorrente, insurge-se contra a base de cálculo considerada pela autuante e ratificada na Decisão recorrida, diz que a Lei Complementar pode dispor sobre a base de cálculo, e que a determinação para exigir crédito com base de cálculo apurada a partir do PMC agride o disposto nos arts. 146 da CF e 148 do CTN, por se tratar de uma obrigação tributária principal a qual somente poderia ser cobrada mediante Pauta Fiscal rotulada de PMC, em caso de omissão ou que não mereçam fé os documentos, declarações prestados pelo contribuinte, acerca do valor ou preço, bens, serviços ou direitos, expedidos pelo sujeito passivo. Isto posto quer dizer que somente em condições especiais é que poderá a autoridade fiscal recorrer ao arbitramento, aqui chamado Preço Máximo de Venda ao Consumidor, valendo como presunção relativa do preço de venda ou do valor da operação.

Esclareça-se, apela o recorrente, que a legislação aplicável ao caso é norma prescrita no art. 61, II, e § 2º, I, do RICMS/BA. No entanto, prossegue, segundo consta do relatório da autuante a base do

cálculo foi com base em Pauta Fiscal (PMC). Sendo desconsiderada a metodologia adotada pelo recorrente, que apurou a base de cálculo a partir do valor da operação consignada na nota fiscal de venda emitida pelo fabricante de medicamento Similar.

Ficando demonstrado que mesmo nessas hipóteses o arbitramento da base de cálculo com base no PMC, deve seguir critérios estabelecidos em lei, levando em conta dados objetivos como os valores de operações realizadas em período idêntico, pelo mesmo ou por outro contribuinte que exerçam atividades semelhantes e o preço de venda das mercadorias negociadas pelo contribuinte ou de mercadorias similares, que correspondam ao período a que se aplicar o arbitramento.

Adverte que embora a competência para legislar sobre ICMS seja dos Estados Federados, estes também, devem respeitar a legislação Federal, face ao princípio da moralidade pública insculpida da Constituição Federal.

De modo que, embora a Portaria nº 37/92, do Ministério da Fazenda e Planejamento, seja ato normativo federal o recorrente cumpriu literalmente a citada Portaria na determinação da base de cálculo a partir da inclusão do MVA ao preço de fábrica (constantes das notas fiscais de venda do fabricante).

E finalmente, esclarece o recorrente, que comprovou de forma incontestável o recolhimento do ICMS, com base de cálculo a partir do valor da operação, consignado da Nota Fiscal emitida pelo fabricante, com a adição do MVA, correspondente. Diz que não se discute a legitimidade do instituto da substituição tributária, e sim a base de cálculo utilizada pelo fisco.

Encerra com o pedido de realização de diligência na forma do art. 137, I, “a” e “b”, II e 148, III, do RPAF, a fim de que se confirme o que foi dito pela defesa, e comprovado com os documentos acostados aos autos, especialmente a memória de cálculo comprovando os pagamentos com base de cálculo a partir do valor da operação consignada na nota fiscal de venda emitida pelo fabricante do medicamento similar, com base na legislação Federal e Estadual aplicável ao caso, comprovando a improcedência total do Auto de Infração.

O representante da PGE/PROFIS inicia seu opinativo resumindo o teor do Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, nos seguintes itens:

- a) ilegalidade da PMC utilizada pelo fisco;
- b) que a lista de preços utilizada na autuação nada mais é que uma pauta fiscal dissimulada;
- c) existência de arbitramento ilegal;
- d) a utilização do PMC estaria violando o disposto na Lei Federal nº 8.884/94 e;
- e) o valor da operação deveria ser aquele consignado na nota fiscal de venda emitida pelo fabricante de medicamento similar.

A seguir analisa a base legal utilizada pelo autuante para fundamentar seu relatório, alude ao art. 371, I, “a”, c/c art. 61 e 125, I, “a”, do RICMS/97, traz a tona os seguintes dispositivos legais art. 8º, § 2º e 3º da Lei Complementar nº 87/96 e o art. 17, I, § 3º, I, da Lei nº 7.014/96.

Para descaracterizar a alegada ilegalidade da utilização do PMC, o ilustre procurador cita dispositivos da Lei Complementar nº 87/96, e a norma prevista no art. 147 do CNT, para concluir que não há como se acolher a tese de defesa de que a lista de PMC seria um arbitramento dissimulado praticado pela autuante.

Quanto a afirmação do recorrente de que a autuante não poderia utilizar a base de cálculo o preço da revista da ABCFARMA, afirma o representante da PGE/PROFIS, que o art. 19 da Lei Estadual instituidora do ICMS, preconiza que é absolutamente legal a existência de pauta fiscal. De modo que não há como se dar guarida as alegações do recorrente, pois a autuante trouxe aos autos listas

de preços máximos ao consumidor final, emitidas, inclusive pela Secretaria Executiva da ANVISA, devidamente legitimada pela Lei nº 10.742/03.

No que tange à alegação do autuado, da violação da Lei ANTITRUSTE, diz ser absolutamente descabida, pois a atribuição da citada lei em nada se encaixa na lide em debate, pois como está dito em todo desenrolar do processo, todo o procedimento formatador da lista de preços questionada, foi realizado dentro dos limites estabelecidos em lei.

E conclui o ilustre procurador que não consta dos autos qualquer indicação do autuado, ora recorrente do valor a ser utilizado como base de cálculo, e muito menos, uma comprovação do valor exato por ele postulado, tendo tão-somente se limitado a conjecturar sobre os valores contidos no corpo das notas fiscais, que foram objeto de rejeição pelo Estado. Diante do exposto e nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, trata especificamente sobre a infração 1: Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$274.585,30, no período de janeiro de 2002 a novembro de 2003, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às mercadorias (medicamentos e correlatos) adquiridas de outras Unidades da Federação que não fazem parte do Convênio ICMS nº 76/94, e relacionados no Anexo 88, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, por não ter aplicado o Preço Máximo de Venda ao Consumidor, nos termos da Cláusula 3ª do citado Convênio, publicado mensalmente em revistas especializadas, conforme demonstrativos e documentos às fls. 10 a 736. O débito foi calculado separadamente obedecendo ao prescrito no § 1º da Cláusula 2ª do Convênio ICMS nº 76/94, referente a medicamentos que não estão sujeitos ao controle de preços, e cujos recolhimentos foram efetuados nos mesmos DAE's.

A exigência do autuado na qualidade de empresa distribuidora de medicamentos, da diferença do ICMS por antecipação, efetuado a menor, correspondente ao período 01/02 a 11/03, e diz respeito a compras realizadas em Estados que não fazem parte do Convênio ICMS nº 76/94.

Ao que consta, o recorrente reconhece sua obrigação como contribuinte substituto, insurgindo-se contra o critério de determinação da base de cálculo utilizada pela autuante, com base nos preços máximos de venda ao consumidor publicados em revistas especializadas do setor de medicamentos. Entende o recorrente que não infringiu qualquer dos dispositivos indicados no Auto de Infração, estando seu procedimento escorado na Legislação Tributária vigente, tendo comprovado de forma irrefutável o recolhimento do ICMS, com a base de cálculo a partir do valor da operação, consignada na Nota Fiscal de venda emitida pelo fabricante ou distribuidor adicionando-se a MVA correspondente.

Conforme decidiu a 2ª JF, posteriormente ratificado pelo ilustre representante da PGE/PROFIS, entendo como correta a ação fiscal, tendo em vista que foi dado cumprimento a Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, que autoriza a utilização do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, que aparecem nas tabelas de preços publicadas em revistas especializadas do setor de medicamentos. De modo, que a base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, está correta de acordo com a combinação do Convênio nº 76/94, com art. 61, I, do RICMS, procedimento este já consagrado como jurisprudência no âmbito do CONSEF, a exemplo do Acórdão JF nº 0452-02/02.

A alegação do recorrente de que as operações do mês de janeiro, já haviam sido consideradas em outro Auto de Infração não procede, tendo a autuante demonstrado que as notas fiscais no demonstrativo de débito foram lançadas no mês de fevereiro, conforme está demonstrado no Livro Registro de Entradas.

A suposta ilegalidade argüida pelo recorrente, quanto a inclusão de mercadorias adquiridas, para destinação específicas a Hospitais, congêneres e órgão públicos, considerando que o estabelecimento desde 2001 é detentor de Regime Especial, para o ressarcimento do imposto pago a maior. Poderá ser objeto de pleito do contribuinte, porém em processo específico, desde que observadas as regras previstas no art. 33 da Lei nº 7.014/96 e do RPAF/99. Também a alusão a violação da Lei Antitruste, descabe tendo em vista a atribuição precípua da lei, que em nada se encaixa no teor da presente discussão.

Diante do exposto voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração objeto do presente julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206951.0007/04-8**, lavrado contra **CAMPOS SOUZA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$374.963,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor total de **R\$919,67**, prevista nos incisos IX e XI do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS