

A. I. N º - 294635.1202/04-4
AUTUADO - UNIÃO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ROMEU CUNHA FREITAS
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 16/06/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0199-01/05

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL CONDICIONADO. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITOS LEGAIS. Quando o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo considera-se devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição. Infração subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MEDICAMENTOS. Existindo preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial, este deve ser utilizado para determinação da base de cálculo nas operações com medicamentos. Exigência subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIBUTAÇÃO PELO REGIME NORMAL. MULTA. A aplicação da multa é cabível quando as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária são tributadas pelo regime normal do imposto. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2004, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo em 41,176%, sem a devida celebração do Termo de Acordo, previsto no Decreto n° 7.799/00, nos meses de dezembro de 2002, janeiro a março e junho a dezembro de 2003 e janeiro a agosto de 2004, no valor de R\$ 972.154,43;
2. Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, em caso de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos provenientes de outras unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94, tendo sido utilizados como fontes no cálculo da referida base de cálculo a Tabela ABCFARMA, fornecida pela SEFAZ/SAT/DPF/GERSU, a Lista de Preço Máximo ao Consumidor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED) e o Suplemento Lista de Preços (parte integrante da Revista Guia da Farmácia), nos meses de janeiro a abril e junho a dezembro de 2003 e de janeiro a julho de 2004, no valor de R\$ 170.798,76.
3. Multa percentual sobre o imposto que deveria ser pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme o art. 915, §1º do RICMS/97, em relação a calçados

(sandálias havaianas), no mês de março de 2003, com MVA de 35%, suco de côco (leite de côco), nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a agosto de 2004, com MVA de 30%, e álcool nos meses de janeiro a agosto de 2004, com MVA de 31,69%, no valor de R\$17.571,59;

O autuado, através de seu patrono, apresentou defesa tempestiva (fls. 6.431 a 6.469), na qual, depois de discorrer sobre os princípios da verdade material, inquisitoriedade, tipicidade cerrada e legalidade objetiva, afirmou que o Auto de Infração possui omissões e incorreções de natureza grave, e não apenas eventuais, e que as exigências não observadas não são meramente formais, mas substanciais, entendendo que não cabe revisão fiscal, sendo caso de nulidade.

Disse que não lhe foram entregues os demonstrativos e documentos necessários para elaboração da impugnação, ficando impedido de exercer a ampla defesa relativa às Infrações 01, 02 e 03, evitando de nulidade a autuação, e transcreveu julgados para embasar suas alegações.

Alegou a falta de clareza em relação à Infração 01 porque não foi dada nenhuma explicação a respeito da origem dos valores lançados na coluna “Base de Cálculo” no único demonstrativo que recebeu, denominado de “DEMONSTRATIVO RESUMIDO DO ICMS DEVIDO EM FUNÇÃO DA REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO”, não tendo conseguido entender como foram apurados tais valores, e transcreveu ementário do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e a Súmula CONSEF nº 01.

Em relação ao mérito da Infração 01, transcreveu o art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, o art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.799/00 e o art. 150, III, “a” a “c” da CF/88 e aduziu que a redação do art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.799/00 somente surtiu efeitos a partir de 29/05/2003, não podendo o mesmo ser aplicado de forma retroativa aos fatos geradores dos meses 12/2002 e 01 a 03/2003 e, mais do que isso, nenhuma parcela poderia ser exigida face ao princípio da anterioridade, só remanescendo a exigência no valor total de R\$ 564.965,43 vinculada ao exercício de 2004.

Destacou que deu entrada em pedido para firmar tal Termo de Acordo, o qual foi indeferido em 01/12/2004, por dois motivos: a existência de sócios em situação irregular e de débito inscrito em dívida ativa, sendo que ambos os motivos surgiram de remessa equivocada, no seu entendimento, do processo relativo ao Auto de Infração nº 206930.00007/02-5 para a dívida ativa, quando efetuou pedido de controle da legalidade à PGE/PROFIS, requerendo a representação ao CONSEF, a fim de que o órgão julgador aprecie alguns fatos, a exemplo da concretização da decadência prevista no art. 173, I do CTN.

Requeru diligência fiscal para a juntada do referido processo, a título de elemento probatório, e asseverou que não existia motivação para o indeferimento do pedido, caindo por terra a motivação da autuação, além do que a inscrição do débito em dívida ativa só ocorreu em 08/03/2004, concluindo que não seria exigível o ICMS relativo aos meses 12/2002 e 01 a 03/2003.

Argumentou, ainda em relação à Infração 01, que se encontrava na mesma situação de outros contribuintes com quem a SEFAZ/BA firmou o Termo de Acordo, tendo o Estado se mostrado contrário à previsão constitucional do princípio da isonomia, não se constituindo em declaração de inconstitucionalidade a apreciação desta matéria, e que inexiste possibilidade de prejuízo para o Estado, com base no princípio da não-cumulatividade, sendo que haverá o enriquecimento sem causa do Estado caso venha a ser pago o imposto relativo a esta infração.

No tocante à Infração 02, alegou que o autuante adotou tabelas não oficiais, as quais não se relacionam com a previsão da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94 que transcreveu, tendo infringido os princípios da legalidade objetiva e da tipicidade cerrada, além de não lhe ter entregado os elementos de prova que obteve junto a terceiros, devendo esta infração ser julgada nula.

Transcreveu o §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e requereu o cancelamento da multa aplicada na Infração 03 com base neste dispositivo, aduzindo que não houve prejuízo ao erário estadual, tendo sido pago imposto maior que o devido, nem houve a prática de fraude, dolo ou simulação.

Solicitou a realização de diligência/perícia fiscal para que seja trazida aos autos a comprovação de tudo o que afirmou, apresentando quesitos a serem respondidos por procurador lotado na PGE/PROFIS e por fiscal estranho ao feito, discorreu sobre a constitucionalidade e a natureza confiscatória da multa aplicada nas Infrações 01 e 02, e requereu a nulidade do Auto de Infração e, conforme determinação do art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, a sua improcedência.

O autuante, em informação fiscal (fls. 6.485 a 6.491), alegou que a ciência do Auto de Infração foi dada ao contador da empresa, outorgado conforme procuração anexada (fl. 6.427), assim como a entrega do Auto de Infração e dos documentos e demonstrativos a ele anexados, todos em papel exceto pelos demonstrativos analíticos da Infração 01, que foram entregues mediante arquivo eletrônico em CD-ROM, conforme recibo (fl. 6.428), não havendo cerceamento de defesa por terem sido atendidas as disposições do art. 46 do RPAF/99.

Ressaltou que o autuado tinha bom nível de conhecimento em informática e estava ciente que poderia solicitar à INFRAZ a impressão de todo ou de parte dos demonstrativos entregues em CD-ROM, o qual é claro, podendo ser verificado, a partir da nota fiscal, o valor calculado com e sem a redução de base de cálculo e a diferença de ICMS devida na Infração 01.

Transcreveu a redação atual e anteriores do art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.799/00 e disse que o indeferimento do Termo de Acordo está fundamentado neste parágrafo, o qual não sofreu alteração, sendo que não houve alteração substancial no caput do referido artigo, mas apenas a sua extensão aos benefícios previstos nos arts. 3º-A, 3º-B e 3º-C do referido Decreto nº 7.799/00.

Salientou que o autuado efetuou 04 (quatro) pedidos para celebração do Termo de Acordo, tendo sido todos indeferidos, sendo que a primeira solicitação foi indeferida em 19/05/2003 por omissão de entrega de DMA, nos meses 03 e 04/2003, e de arquivos magnéticos, nos meses 01 a 03/2003, e cancelamento da Inscrição Estadual nº 39.317.865 - CS, colocando os sócios em situação irregular, estando o autuado equivocado quanto ao motivo do indeferimento e tendo utilizado o benefício ao arrepio da legislação desde o início de suas atividades.

Asseverou que o indeferimento do Termo de Acordo para contribuinte em situação irregular, ao contrário do que disse o autuado, garante tratamento uniforme para aqueles contribuintes que se encontram em situação regular, e que o autuado efetua a maioria de suas vendas para contribuintes optantes pelo regime simplificado, quando não existe a utilização do crédito.

No tocante à Infração 02, alegou que o autuado tem conhecimento das listas de preços máximos de venda a consumidor, em função de ser atacadista de produtos farmacêuticos, entendendo ser desnecessária a sua entrega juntamente com a intimação, e que a base de cálculo é este preço, conforme previsto no art. 61, I e §2º, I do RICMS/97 c/c a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, atendendo ao disposto no art. 8º, §3º da LC 87/96.

Explicou que os valores relativos à Infração 03 estão claramente demonstrados no levantamento anexado aos autos (fls. 6.388 a 6.423), onde, na última folha, o autuado apôs a ciência do seu recebimento. Entendeu que os pedidos de diligência solicitados são desnecessários e protelatórios e opinou pela procedência da autuação.

Submetido a pauta suplementar, esta 1ª JJF deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA (fl. 6.494), para que o autuado anexasse ao processo as cópias das páginas das listas de preços onde foram divulgados os preços máximos de venda a consumidor sugeridos pelos estabelecimentos industriais, utilizadas para determinar a base de cálculo da Infração 02, indicadas na descrição da referida infração como sendo a Tabela ABCFARMA, a Lista

de Preço Máximo ao Consumidor da ANVISA/CMED e o Suplemento Lista de Preços da Revista Guia da Farmácia.

Após, a Repartição Fazendária deveria intimar o contribuinte, entregando-lhe, mediante recibo específico, cópia dos novos documentos acostados juntamente com os constantes às fls. 12 a 6.070 e 6.291 do presente processo. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para que se manifestasse nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que elaborasse nova informação fiscal.

A diligência foi cumprida, tendo o autuado recebido as cópias indicadas e sido cientificado da reabertura do prazo de defesa (fls. 6.497 a 6.565), mas o mesmo permaneceu silente.

VOTO

O presente processo exige imposto do autuado em razão de utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, sem a devida celebração do Termo de Acordo, e por erro na determinação da base de cálculo, por não ter utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial nas aquisições de medicamentos provenientes de outras unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94, e aplica multa percentual sobre o imposto que deveria ser pago por antecipação tributária com saída posterior tributada normalmente.

O autuado afirmou que não lhe foram entregues os demonstrativos e documentos necessários para elaboração da impugnação em relação às Infrações 01, 02 e 03, somente o denominado de “DEMONSTRATIVO RESUMIDO DO ICMS DEVIDO EM FUNÇÃO DA REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO”, referente à Infração 01, o qual aduziu que não é claro quanto à origem dos valores lançados na coluna “Base de Cálculo”, bem como as listas de preços utilizadas para determinação da base de cálculo da Infração 02 - elementos de prova obtidos junto a terceiros.

Constatou que o procurador do autuado, constituído mediante documento presente aos autos, declarou ter recebido cópia de todos os demonstrativos anexados ao Auto de Infração, sendo os referentes à Infração 01 em meio magnético e os relativos às Infrações 02 e 03 em papel. Para que não houvesse dúvida quanto à possibilidade da ampla defesa, foi efetuada diligência para que fossem entregues os elementos de prova obtidos junto a terceiros, as listas de preços, bem como fossem entregues também em papel os demonstrativos referentes à Infração 01, os quais já haviam sido entregues em meio magnético, reabrindo o prazo de defesa ao autuado. Destaco que estes demonstrativos demonstram de forma analítica a relação das notas fiscais e dos produtos objeto da autuação. Portanto, rejeito as preliminares de nulidade.

Quanto à arguição de constitucionalidade das multas aplicadas por entender que são confiscatórias, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade.

No tocante ao requerimento de diligência para que seja anexada a cópia do processo relativo ao Auto de Infração nº 206930.0007/02-5, entendo que é desnecessária, pois os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, tendo sido inclusive realizado a diligência para a anexação das provas que não constavam neste processo.

Em relação ao mérito da Infração 01, o autuado aduziu que o art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 7.799/00 somente surtiu efeitos a partir de 29/05/2003, só podendo ser aplicado nas operações relativas ao exercício de 2004, face ao princípio da anterioridade, e que deu entrada em pedido para firmar tal Termo de Acordo, o qual foi indeferido em 01/12/2004, por dois motivos: a

existência de sócios em situação irregular e de débito inscrito em dívida ativa, sendo que ambos os motivos surgiram de remessa equivocada, no seu entendimento, do processo relativo ao Auto de Infração n° 206930.0007/02-5 para a dívida ativa.

Esclareço que o sócio fica em situação irregular perante a SEFAZ/BA somente quando outro estabelecimento da empresa tem sua inscrição cadastral cancelada ou participa da composição societária de outra empresa que está em situação cancelada. Desta forma, só este motivo já seria suficiente para que não fosse assinado o Termo de Acordo, conforme a sua Cláusula Segunda.

Além disso, o benefício pleiteado é condicionado à assinatura de Termo de Acordo, não podendo o autuado utilizá-lo antes que este seja firmado, pois não há como convencionar a concessão do benefício de forma retroativa sem previsão legal que a autorize.

O autuado argumentou, ainda em relação à Infração 01, que o Estado se mostrou contrário à previsão constitucional do princípio da isonomia, pois se encontrava na mesma situação de outros contribuintes com quem a SEFAZ/BA firmou o Termo de Acordo, e que inexiste possibilidade de prejuízo para o Estado, com base no princípio da não-cumulatividade.

O autuado não provou as suas alegações, mas, mesmo que o tivesse feito, tal prova só teria o condão de anular o benefício concedido, posto que o mesmo o teria sido de forma ilegal, pois, neste caso, seria ferida a isonomia em relação aos contribuintes que cumprem as suas obrigações principais e acessórias regularmente, existindo para o Estado prejuízo moral, além do material com a perda de arrecadação nas operações destinadas às empresas optantes pelo regime SIMBAHIA.

Diante do exposto, entendo que é subsistente a Infração 01.

No tocante à Infração 02, o autuado alegou que o autuante adotou tabelas não oficiais, as quais não se relacionam com a previsão da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, tendo infringido os princípios da legalidade objetiva e da tipicidade cerrada, além de não lhe ter entregado os elementos de prova que obteve junto a terceiros, requerendo que a infração seja julgada nula.

Quanto à nulidade pelo cerceamento de defesa, conforme já explicitado anteriormente, ressalto que a mesma foi afastada com a realização da diligência para a entrega das listas de preços máximos de venda a consumidor sugeridas pelo estabelecimento industrial, estando prevista a utilização das mesmas para determinação da base de cálculo na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, não tendo o autuado se manifestado após a sua apresentação, embora tivesse sido reaberto o prazo de defesa.

Informo que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, que tem, entre suas principais funções, a regulação do mercado e o estabelecimento de critérios para a definição e ajuste de preços de medicamentos, determina que os estabelecimentos industriais, ou seja, os laboratórios, divulguem ao público os preços máximos sugeridos para comercialização dos medicamentos de uso humano que fabricam, o que estes efetuam mediante a publicação em revistas especializadas, tais como ABCFARMA, GUIA DA FARMÁCIA, KAIROS, etc.

Saliento que estas informações são de conhecimento público e notório, principalmente das empresas que comercializam medicamentos, não havendo razão para os questionamentos do autuado quanto a este item. Desta forma, entendo que a base de cálculo foi apurada nos termos previstos na legislação tributária, especialmente no art. 61, §2º, I do RICMS/97 c/c a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, estando a infração caracterizada.

O autuado não contestou o mérito na Infração 03, apenas requereu o cancelamento da multa aplicada com base no §7º do art. 42 da Lei n° 7.014/96, aduzindo que não houve a prática de

fraude, dolo ou simulação nem prejuízo ao erário estadual, mas o pagamento de imposto maior que o devido.

A multa não foi aplicada por descumprimento de obrigação acessória, e sim principal, apenas tendo sido dispensada a exigência do tributo com base no §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, só podendo ser dispensada ou reduzida pela Câmara Superior deste CONSEF ao apelo de equidade, conforme estabelece o §8º do art. 42 da citada Lei nº 7.014/96 e o art. 159, §1º do RPAF/99. Desta forma, entendo que a exigência é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 294635.1202/04-4, lavrado contra **UNIÃO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.142.953,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7014/96, além da multa no valor de **R\$ 17.571,59**, prevista no art. 42, II, “d” e §1º, da mesma lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR