

PROCESSO - A. I. Nº 269204.0903/05-3
RECORRENTE - IBOTIRAMA COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
(DISTRIBUIDORA IBOTIFARMA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0010-05/06
ORIGEM - INFAS SEABRA
INTERNET - 02/05/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0135-11/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS EM VIRTUDE DE ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as Unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Na presente situação 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. Negado pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra o Auto de Infração lavrado em 30/09/05, para exigir ICMS no valor de R\$112.824,05, acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menor do imposto devido por antecipação, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

O autuado, que adquiriu medicamentos em estados que renunciaram o Convênio ICMS 76/94, apresenta impugnação, às fls. 507 a 531, 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. Entende que o imposto está sendo exigido por presunção relativa, com base nas listagens do CFAMT, e não em documentos fiscais. Alega, ainda, falta de motivação para lavratura do Auto de Infração, e transcreve trechos do livro “O Processo Fiscal” do Prof. Clélio Berti. Afirma, ainda, que a acusação está desprovida de elementos comprobatórios e cita algumas decisões do CONSEF que decidiram pela nulidade em situações que entende o requerente serem semelhantes. Solicita que seja realizada uma perícia contábil, fazendo excluir dos Demonstrativos da Antecipação Tributária as notas fiscais que afirma não terem sido acostadas aos autos. Por fim, requer que seja declarada a nulidade da infração em apreço por falta de provas.

No mérito, condena os métodos de análise adotados pelo autuante, gerando demonstrativos irreais, entendendo que o procedimento correto deveria levar em conta a análise dos livros fiscais de saída, notas fiscais de saída e até mesmo pelos editais e contratos celebrados entre o autuado e

seus adquirentes.

Diz que como forma de elidir a equivocada presunção de que as mercadorias foram vendidas para revendedores, estará fazendo a posterior, juntada das cópias das respectivas notas fiscais de saídas com a identificação do destinatário final.

Cita o art. 355, VII, do RICMS/97, ratificando que o autuante não verificou a real destinação das vendas efetuadas pelo impugnante. Reafirma que as mesmas foram destinadas a consumidor final.

Questiona a base de cálculo utilizada pelo autuante dizendo que a mesma não encontra amparo legal.

Ressalta que o Convênio ICMS 76/94 estabelece 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, 1^a parte);
2. o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (cláusula segunda, 2^a parte);
3. o 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 preço sugerido pelo fabricante ou importador só poderia ser utilizado como base de cálculo para determinar o tributo devido por substituição tributária se comprovada a vinculação do fabricante ou importador citada na publicação (Guia de Farmácias) como fornecedor dos produtos ao contribuinte/atuado (distribuidora) e que o preço de venda sugerido estava sendo utilizado pelo contribuinte substituído.

Expõe que a sugestão do preço de determinado medicamento previsto no Guia da Farmácia não é única, ou seja, varia de acordo com o fabricante ou importador, implicando na variação de venda às distribuidoras. Acrescenta que o uso do Guia da Farmácia como critério para determinar a base de cálculo do tributo por substituição deve se ater, portanto, a individualidade do preço sugerido, pois a sugestão, em verdade, representa o valor venal do medicamento dada pelo fabricante ou importador acrescido pelo lucro estabelecido nas posteriores etapas de circulação do produto.

Solicita que seja realizada perícia contábil fazendo corresponder os valores previstos no Demonstrativo da Antecipação Tributária a aqueles sugeridos por seus fornecedores (fabricantes) previstos no Guia de farmácia, através das informações contidas nas notas fiscais de entradas e na referida publicação contida nos autos, e caso não haja qualquer sugestão de seus fornecedores, sejam excluídos os valores e refeitos os cálculos segundo o MVA (margem de valor Agregado) previsto no convênio ICMS 76/94 e inciso I do § 2º do art. 61, do RICMS/97.

Afirma que as notas fiscais de saída, que serão oportunamente anexadas aos autos, demonstrarão com claridade solar o preço realizado ao consumidor que não é aquele previsto no Guia da farmácia, acostado aos autos.

Ao final, ratifica o pedido de perícia fiscal, e o julgamento pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante refuta os argumentos do autuado e mantém integralmente o Auto de Infração.

O autuado, em nova manifestação (fl. 563), solicita que sejam juntadas aos autos, as cópias das notas fiscais de saída para órgãos públicos e hospitais que foram emitidas (fls. 565 a 847).

A JJF, alegando que o Auto de Infração está revestido de todas as formalidades legais rejeita as preliminares de nulidade argüidas pelo autuado de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

Os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada, sendo possível determinar a natureza da infração, e o montante do débito tributário, é o entendimento do i. relator da 5^a JJF.

Quanto ao pedido de perícia fiscal, a JJF a rejeita uma vez que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de convicção, e ainda com base no que estabelece o artigo 147, inciso I, “b”, e II, “a”, do mesmo diploma legal acima citado.

No mérito, tem-se que as mercadorias foram originárias de Estados que deixaram de ser signatários do Convênio nº 76/94, logo a responsabilidade pelo pagamento do imposto é de inteira responsabilidade do autuado (art. 353, II, item 13, do RICMS/97).

A alegação do sujeito passivo quanto à forma do cálculo realizado pelo autuante para apurar o imposto devido por antecipação tributária, é entendimento da JJF que não assiste razão ao autuado, pois para estas operações o art. 61, § 2º, I, do RICMS/97, dispõe que para os efeitos de substituição ou antecipação tributária dos produtos farmacêuticos, a base de cálculo será feita em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94 e alterações posteriores.

Assevera o i. relator da 5^a JJF, que a cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, determina que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Ainda que se considere que não há órgão competente para a fixação de preço de medicamentos, haveria de ser aplicada a segunda fórmula prevista no Convênio acima mencionado, ou seja, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial constante nas Revistas Farmacêuticas. Somente inexistindo tal valor é que deveria ser adotado o preço do remetente das mercadorias adicionado das despesas de frete e seguro e da margem de valor agregado, deduzido o percentual de 10%.

Portanto, entende o julgador de 1^a Instância correto o procedimento do autuante, uma vez que do exame dos documentos às fls. 55 a 425, constata-se uma vinculação direta com os fornecedores constantes no DEMONSTRATIVO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, fls.13 a 54, que por sua vez tiveram os preços publicados no Guia da Farmácia, cujas cópias encontram-se às fls. 426 a 503 do PAF, e que foi utilizado para apuração do débito.

Vale ressaltar que para os produtos dos demais fornecedores, que não continham preços publicados, os valores foram apurados de acordo com a 3^a hipótese para determinação da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 76/94, constatando-se que, nesses casos, não houve saldo a recolher, conforme evidenciado no demonstrativo às fls.13 a 54.

Quanto à alegação do sujeito passivo de que realiza vendas para consumidores finais, bem como para hospitais e órgãos da administração direta, também não pode ser aceita, uma vez que se trata de outro fato gerador. Ademais, o autuado é empresa do setor atacadista, e pelo que dispõe o art. 359, § 6º, do RICMS/97, o benefício do resarcimento, pretendido pelo autuado, depende de regime especial, cujo pedido deve ser formulado mediante requerimento à Gerência de Substituição Tributária.

Há de se destacar que é condição obrigatória para o atender às determinações expressas no regime especial para resarcimento, que o imposto tenha sido retido, antecipadamente, pelo contribuinte, e como a antecipação foi efetuada a menos, o imposto devido está sendo corretamente exigido através do presente lançamento de ofício. O resarcimento do imposto nas

vendas para consumidor final, acaso devido ao autuado, faz parte de etapa posterior não vinculada ao processo em exame.

Por fim entende a JJF que o valor ora exigido foi calculado de acordo com a legislação em vigor e a jurisprudência deste CONSEF votando, portanto pela Procedência do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário o autuado, ora recorrente, traz de volta tado argumentação usada em sua impugnação inicial, já devidamente combatida em 1^a Instância. Reedita a questão preliminar relativa à listagem do CFAMT, quando afirma que o fiscal autuante limitou-se a elencar as notas fiscais de entrada, sem levar em consideração outros documentos que permitiriam proceder à fiscalização, sustentando-se em fatos reais.

Sustenta que em sua maioria suas vendas foram destinadas a hospitais, postos de saúde e órgãos públicos, acusando que a JJF incorreu em equívoco, por inexistir legislação que o obrigue ao recolhimento como condição para a restituição do ICMS/ST.

Ao finalizar requer a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS manifesta-se contra a nulidade argüida pelo recorrente, por entender que as notas fiscais objeto da autuação indicam precisamente o recorrente como destinatária, não tendo o mesmo, carreado aos autos qualquer prova em contrário.

Na análise do mérito diz a ilustre procuradora que a base de cálculo de substituição tributária nestes casos está prevista no Convênio ICMS 76/94, que estabelece uma base de cálculo alternativa, ou seja, existindo preço sugerido pelo órgão competente este deve ser utilizado como base de cálculo, aplicando-se o valor da operação quando aquele faltar.

Quanto às listas fornecidas pelos laboratórios, entende a douta representante da PGE/PROFIS, que com a Portaria Ministerial nº 37/92, estas foram confirmadas na categoria de preço sugerido pelo órgão competente. Confirmando que as listas publicadas pelos fabricantes são preços sugeridos livremente pela industria, estando aptas a revelar a limitação da margem de comercialização, como determina o §1º da citada Portaria Ministerial nº 37/92.

Diz adiante a ilustre procuradora que com a informação dada nos autos pela JJF de que a Câmara de Medicamentos através da Resolução 1 revogou o dispositivo da Portaria nº 37/92, extinguindo “preço sugerido pelo órgão competente”, pelo que deve ser aplicado a outra alternativa prevista em lei, qual seja, o preço sugerido pelo fabricante.

Confirmando a justeza da aplicação da base de cálculo, pois prevista expressamente na legislação aplicável.

No que pertine ao pedido de restituição, é direito do contribuinte requerê-lo, impróprio nos presentes autos, mas correto perante a INFRAZ de origem.

Diante do exposto opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Motivou o Recurso Voluntário, o desejo do recorrente em anular a Decisão recorrida que mediante Acórdão 5^a JJF Nº 0010-05/06, reconheceu como procedente o Auto de Infração que acusou o contribuinte de recolhimento a menos do imposto devido por antecipação, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

A preliminar suscitada pelo recorrente, não merece ser considerada, haja vista estar o Auto de Infração revestido de todas as formalidades legais não cabendo a aplicação do que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

Também quanto à perícia sugerida não vejo como acolhê-la, uma vez que dos autos constam os elementos necessários, para o entendimento e julgamento do Auto de Infração.

O teor do Recurso Voluntário analisado, não difere da impugnação que o contribuinte apresentou na primeira instância, e que a 5^a JJF o analisou, desconstituindo-o por inteiro. A PGE/PROFIS, também reconheceu que nenhum novo fundamento foi acrescentado ao PAF, em sua peça recursal.

A substituição tributária dos medicamentos adquiridos em outras unidades da Federação, obedece a regras específicas, não observadas pelo recorrente. A base de cálculo para a determinação do imposto é o valor correspondente àqueles preços constantes das tabelas anunciadas pelo órgão competente, na ausência deste preço, o valor a ser considerado será o preço máximo de venda final ao consumidor constante de publicações dos estabelecimentos industriais, como estabelece o Convênio ICMS nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA.

Sobre a matéria assim se expressou a Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa em seu opinativo: “...a d. JJF traz a informação de que a Resolução nº..., da Câmara de Medicamentos revogou o dispositivo da Portaria nº 37/92 e, portanto, a partir de então, não há mais preço sugerido pelo órgão competente, pelo que deve ser aplicada a outra alternativa prevista em lei, qual seja, o preço sugerido pelo fabricante”.

A alegação do contribuinte que realiza vendas para consumidores finais, hospitais e órgãos da administração direta, não faz sentido, pois se trata de outro fato gerador. E mais, pelo que dispõe o art. 399, § 6º, do RICMS/97, o benefício pleiteado para ser aplicado, depende do enquadramento da empresa em regime especial, a ser apreciado pela Gerência de Substituição Tributária, quando requerido pelo contribuinte.

Diante do exposto, concordo com o Parecer da PGE/PROFIS, desde que está correta a utilização da base de cálculo, na determinação da apuração do ICMS, calculado dentro do estabelecido pelo Convênio ICMS 76/94, em combinação com art. 61, I do RICMS.

Em conclusão, voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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** o Auto de Infração nº 269204.0903/05-3, lavrado contra **IBOTIRAMA COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. (DSITRIBUIDORA IBOTIFARMA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$112.824,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei n.^o 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS