

A. I. N° - 147023.0002/04-0
AUTUADO - MGS COM. E REPRES DE PROD FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTE - ARIOSVALDO AILTON DOS SANTOS MOREIRA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18/05/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0166-03/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas operações interestaduais com medicamentos, a base de cálculo para fins de antecipação tributária obedece ao estabelecido na Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94. Ficou comprovado que houve recolhimento efetuado a menos da antecipação tributária. O débito foi reduzido, após o refazimento dos cálculos pelo autuante. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2004, refere-se à exigência de R\$703.088,63 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento do imposto efetuado a menos, por erro na determinação da base de cálculo, na aquisição de medicamentos de outras unidades da Federação, no período de maio de 2001 a dezembro de 2003.

O autuado apresentou, tempestivamente, impugnação às fls. 52 a 54 dos autos, suscitando preliminar de nulidade, sob a alegação de que não foi observado o art. 46 do RPAF/99, informando que não recebeu todos os demonstrativos e levantamentos elaborados pela fiscalização. Argumentou que a não observância das disposições legais e formais maculam o exercício da atividade fiscalizadora, compromete a legitimidade de toda a ação fiscal, por não atender aos requisitos formais e materiais. Citou o art. 142 do CTN e requereu o encaminhamento de diligência, se necessário, para a Assessoria Técnica deste Conselho verificar a inexistência de ciência do autuado nos documentos e demonstrativos elaborados pelo autuante. Observou que descabe qualquer justificativa para o descumprimento do disposto em lei, considerando que houve limitação da ciência à peça constitutiva do lançamento, o que prejudicou o direito de defesa, tido como cerceado por não permitir de forma clara o perfeito entendimento do dispositivo infringido, impossibilitando de forma plena o exercício do contraditório. O autuado disse que ficou impedido de conhecer os valores e cálculos considerados para determinar a matéria tributada, o que implica nulidade do lançamento.

Quanto ao mérito, foi alegado que não consta nos controles contábeis da empresa, qualquer falta de recolhimento do ICMS relativo à aquisição de medicamentos, tendo o autuado efetuado os regulares recolhimentos na forma estabelecida na legislação, aplicando inclusive a MVA estabelecida sobre o valor da aquisição dos produtos. Disse que o levantamento realizado não corresponde à realidade; os inúmeros documentos de arrecadação, possivelmente não foram considerados no levantamento fiscal, ressaltando que em muitos casos, a culpa da não apresentação dos mencionados documentos foi do próprio autuado, mas isso não justifica a sua desconsideração para fins de apuração do imposto. Entende que se existe alguma irregularidade fiscal, esta não é nos montantes apurados originalmente no Auto de Infração. Por isso, em consonância com os elementos probatórios apresentados, entende que deve prevalecer o

princípio da verdade real. Reafirmou o pedido para que seja declarado nulo o presente Auto de Infração, conforme arguição preliminar, e se não acatada, seja considerado improcedente, por estar alicerçado em total desamparo e contradição aos elementos probatórios suscitados na defesa.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1064 e 1065 dos autos, dizendo que independentemente de ter ou não fornecido cópias dos demonstrativos e levantamentos ao autuado, o Auto de Infração esteve e está à disposição do contribuinte para o mesmo tirar cópias de quaisquer documentos. Ressaltou que a ciência do autuado ocorreu em 05/07/2004, e nos demonstrativos anexados aos autos (fls. 09 a 47) estão especificadas todas as notas fiscais que foram extraídas do livro Registro de Entradas do próprio contribuinte. Apresentou o entendimento de que o autuado tenta procrastinar o pagamento do Auto de Infração, argumentando que no presente processo, encontram-se todos os elementos necessários à defesa do sujeito passivo, e em momento algum foi contestado o fundamento principal da autuação, que são os cálculos do imposto a pagar discriminados nas planilhas acostadas aos autos. O autuante sugeriu que seja dado vista do PAF ao autuado, considerando que juntou novos elementos: cópias das notas fiscais de aquisição das mercadorias e do Livro Registro de Entradas.

O autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, cuja ciência foi assinada em 13/09/04, por preposto do contribuinte na própria intimação à fl. 1057 do PAF.

Em 21/09/2004, o autuado apresentou petição (fl. 1069), aduzindo que em decorrência da impossibilidade material para obtenção das peças do presente processo, requereu a disponibilização de cópias dos elementos do PAF, conforme DAE devidamente recolhido (fl. 1070), cujo atendimento foi consignado no próprio requerimento do autuado, pela funcionária Isabel dos Anjos Ribeiro, Cadastro 152.696-7.

Quanto à informação fiscal, o autuado se manifestou à fl. 1075, dizendo que reitera os termos da impugnação inicial, às fls. 52 a 64 do PAF.

O PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem (fl. 1078) para o autuante esclarecer e comprovar os coeficientes e os preços máximos por ele utilizados na determinação da base de cálculo do imposto exigido, e também, deduzir o percentual de 10%, previsto no art. 61, § 2º, inciso I, do RICMS/97.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou nova informação fiscal (fls. 1081 e 1081-A), citando inicialmente os métodos para se encontrar o preço máximo ao consumidor de medicamentos: a) pesquisa por meio das tabelas da ABCFARMA ou GUIAFARMA; b) aplicação de índices sobre o preço de fábrica, conforme art. 3º, da Resolução nº 02, de 08/11/02, da Câmara de Medicamentos. Disse que, “para conhecer o preço fábrica basta dividir o preço fábrica – PF (encontrado na tabela Abcfarma ou Guiafarma) pelo preço de nota fiscal”, encontrando-se um coeficiente “que traduz um coeficiente de negociação entre a Distribuidora e o Laboratório”. Anexou aos autos, “demonstrativo da base de cálculo da antecipação tributária utilizada no auto de infração versus o preço máximo ao consumidor, pesquisado na tabela abc”. Disse que está demonstrando, por amostragem, o cálculo da antecipação tributária de várias notas fiscais, para comprovar que a base de cálculo utilizada no Auto de Infração é sempre inferior à base de cálculo encontrada por meio da tabela Guiafarma. Esclareceu, ainda, que nas planilhas que serviram de base para o presente lançamento já foi considerada a redução de 10%, consoante o § 2º, do art. 61, do RICMS/97.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e respectivos documentos acostados aos autos pelo autuante, o sujeito passivo apresentou nova manifestação (fls. 1097 a 1105), alegando que existe uma multiplicidade de métodos para apuração do preço máximo ao consumidor. Cita o art. 410, inciso II, “b”, do RICMS/97, assegurando que as tabelas divulgadas por associações se enquadram no mencionado dispositivo regulamentar, apresentando o entendimento de que,

inexistindo valores sugeridos pelo órgão competente, fabricante ou importador, pode o autuante utilizar a tabela divulgada pela ABCFARMA, por se tratar de entidade representativa do segmento econômico de atividade do autuado. Disse que em relação à informação do autuante de que adotou procedimento por amostragem, tal procedimento pode ser adotado somente em determinados casos. Apresentou o entendimento da doutrina, e argumenta que foi realizado arbitramento fora das previsões legais, ressaltando que não houve qualquer omissão de documentos, nem impediu a atividade da fiscalização, e que o autuante aplicou método não previsto. Assim, argumentou que o autuante discriminou no Termo de Encerramento de Fiscalização, valores sem qualquer indicativo técnico quanto à variação da MVA, e que não se pode admitir a amostragem como técnica de apuração do tributo. Disse que ao analisar os documentos às fls. 17 a 32 dos autos, constatou que “não existem elementos fundados na legislação para viabilizar a apuração da base de cálculo através do demonstrativo por medicamento”, e que o autuante não demonstrou qual o método utilizado na apuração da base de cálculo do imposto exigido, o que configura cerceamento do direito de defesa, e a planilha à fl. 1082 “é claudicante e induz a uma abordagem da apuração da base de cálculo, sem qualquer substrato material”. Por fim, pede a improcedência total do Auto de Infração em lide.

O PAF foi convertido por esta 3ª JF em nova diligência à GERSU (fl. 1109) para análise e orientação quanto ao método de apuração da base de cálculo adotado pelo autuante, se está de acordo com a legislação que rege a matéria, ou seja, se o método adotado pode ser entendido como preço fixado pelo órgão competente, nos moldes estabelecidos no Convênio ICMS 76/94.

Em atendimento ao solicitado, foi exarado o Parecer às fls. 1112 e 1113, esclarecendo que: a) as Resoluções da Câmara de Medicamentos, que dispõem sobre a forma de definição do preço fábrica e preço máximo ao consumidor, disciplinam os preços dos produtos farmacêuticos e definem as margens de comercialização desses produtos; b) o autuante utilizou como método para apuração da base de cálculo do imposto exigido a divisão do preço de fábrica publicado em revistas especializadas pelo preço constante nas Notas Fiscais; c) essa metodologia utilizada “está de acordo com a legislação Federal e o Convênio 76/94, bem como nossa legislação interna”; d) o parecerista informa que fez algumas amostragens, considerando as notas fiscais acostadas aos autos e a metodologia utilizada pelo autuante, e encontrou valores sempre inferiores aos preços máximos de venda ao consumidor constantes nas tabelas da ABCFARMA. Concluiu que o autuado não está sendo prejudicado, mas o Estado está deixando de cobrar parte do imposto devido em decorrência da imprecisão dos coeficientes utilizados pelo autuante.

Considerando a conclusão apresentada no Parecer GERSU, esta 3ª JF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante apurar índices precisos, de acordo com a orientação da GERSU, e refazer os demonstrativos, indicando o real valor do débito, de forma que o Estado não deixe de exigir a totalidade do imposto devido.

O autuante prestou nova informação fiscal (fls. 1121 e 1122), esclarecendo que a fiscalização de medicamentos é complexa, e devem ser consideradas as seguintes variáveis:

- a) lista positiva, quando há outorga do crédito para o PIS/PASEP e COFINS;
- b) lista negativa quando beneficiado com a alíquota zero para o PIS/PASEP e COFINS, incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos;
- c) lista neutra, “quando não tenha sido excluído da incidência das contribuições previstas no inciso I do “caput” do art. 1º da Lei 10.147/2000”;
- d) a fiscalização precisa encontrar o preço máximo de venda ao consumidor de cada produto nas tabelas da ABCFARMA ou GUIAFARMA;

- e) a Secretaria da Fazenda dispõe do sistema SAFA para os auditores desenvolverem os trabalhos de fiscalização, mas até o momento não conseguiu elaborar um programa de fiscalização para medicamentos.

O autuante concluiu, dizendo que, devido à falta de um programa específico de fiscalização que proporcione o cálculo da substituição tributária de medicamentos, buscou uma alternativa para viabilizar a complexidade da apuração da base de cálculo, por isso, utilizou um procedimento que embora não seja exato, não prejudicou ao contribuinte. Disse que, “como o valor do ICMS segundo a GERSU foi lançado a menor, entendemos que ainda assim a diferença não é significativa, pois o valor lançado é bem superior ao que seria calculado pela MVA. Ainda assim, não tira a legalidade do ato, nem o direito da Secretaria da Fazenda de lançar o imposto a qualquer momento, no prazo decadencial”. Por fim, o autuante pede a manutenção da metodologia de apuração da base de cálculo do imposto exigido, considerando que não contraria a legislação federal, nem o Convênio 76/94, bem como a legislação estadual.

À fl. 1223 o contribuinte foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, constando assinatura do representante legal na própria intimação. Entretanto, não se manifestou.

Considerando a informação fiscal prestada pelo autuante (fls.1121/1122), de que utilizou um procedimento que embora não seja exato, não prejudicou ao contribuinte, e, que ainda assim a diferença não é significativa.

Considerando que a imprecisão dos coeficientes utilizados pelo autuante, referidos no Parecer da GERSU, poderia gerar futura alegação de nulidade da atuação, esta 3ª JJF, converteu presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante calcular o imposto exigido, tomando por base as tabelas publicadas nas revistas, a exemplo de ABCFARMA e GUIAFARMA, devendo refazer os demonstrativos, inclusive o de débito.

Às fls. 1129/1130, o autuante transcreve, inicialmente, o art. 61 do RICMS-BA, a Cláusula 2ª e seu parágrafo 1º, do Convênio ICMS 76/94, além das definições estabelecidas na legislação federal quanto às listas positivas, negativas e neutras de medicamentos. Em seguida, apresenta os seguintes esclarecimentos:

- O autuado não possui arquivo magnético.
- Foi realizado trabalho artesanal, tendo sido obtidas revistas da ABCFARMA, porque a SEFAZ não dispõe os dados em seus arquivos.
- Foram identificados na tabela da Revista ABCFARMA o PMC de cada medicamento, utilizado em cada item da nota fiscal.
- Foi digitada nota a nota e apurado individualmente o ICMS devido, comparando o resultado com o imposto recolhido.

À fl. 1131, em novo pronunciamento, o autuante informa que refez os cálculos, conforme demonstrativo às fls. 1135 a 1220, apurando o ICMS devido em cada mês e deduzindo o imposto pago, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito (fls. 1232/1233), relativamente ao débito remanescente, sendo também, anexadas aos autos as cópias das listas de preços utilizados no levantamento fiscal (PMC), publicados na Revista Guia da Farmácia (fls. 1221 a 1400). Assim, de acordo com o novo demonstrativo de débito, total do imposto exigido ficou alterado para R\$395.560,85.

Vale ressaltar, que o autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e demais elementos acostados aos autos pelo autuante, cuja ciência, datada de 28/03/06, está comprovada na própria intimação à fl. 1402, assinada pelo representante legal do contribuinte. Foi reaberto o prazo de defesa, de trinta dias, entretanto, o defendente não compareceu aos autos.

VOTO

Inicialmente, fica rejeitada a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, considerando que foi saneada a possível falta de entrega ao autuado dos demonstrativos e demais documentos que embasaram a autuação fiscal, uma vez que foi atendido o requerimento do defendente à fl. 1069, com o fornecimento de cópias das peças solicitadas.

Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, haja vista que não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do RPAF/99.

Quanto ao mérito, observo que o presente Auto de Infração trata de recolhimento do imposto efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, na aquisição de medicamentos de outras unidades da Federação, no período de maio de 2001 a dezembro de 2003.

O autuado impugnou a exigência fiscal, alegando que ao analisar os demonstrativos elaborados pelo autuante, constatou que não existem elementos fundados na legislação para viabilizar a apuração da base de cálculo e que o autuante não demonstrou qual o método utilizado na apuração do imposto exigido.

No caso dos medicamentos, o cálculo da substituição tributária é feito com base nas regras fixadas por meio do Convênio ICMS 76/94, tendo a sua cláusula segunda a seguinte redação:

“Cláusula segunda. 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.

§ 1º Inexistindo o valor de que trata o “caput” a base de cálculo será obtida, tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas a seguir apresentadas”.

Após as diversas diligências efetuadas, em nova informação fiscal prestada à fl. 1131, o autuante informa que refez os cálculos, conforme demonstrativo às fls. 1135 a 1220, apurando o ICMS devido em cada mês e deduzindo o imposto pago, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito (fls. 1232/1233), relativamente ao débito remanescente, ficando alterado o total do imposto exigido para R\$395.560,85, sendo também, anexadas aos autos as cópias das listas de preços utilizados no levantamento fiscal (PMC), publicados na Revista Guia da Farmácia (fls. 1221 a 1400).

Saliento que, na apuração do débito efetuada pelo autuante, foram indicados os dados relativos ao número e valor de cada NF, preço do fabricante ou preço máximo ao consumidor, sendo considerados os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais objeto da autuação, bem como o imposto recolhido pelo autuado.

O autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e demais elementos acostados aos autos pelo autuante, cuja ciência, datada de 28/03/06, está comprovada na própria intimação à fl. 1402, sendo reaberto o prazo de defesa, de trinta dias, entretanto, o defendente não apresentou qualquer manifestação.

Concluo que é devido o ICMS por antecipação, no valor de R\$395.560,85, conforme apurado pelo autuante às fls. 1132/1133.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147023.0002/04-0, lavrado contra **M G S COM. E REP. DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$395.560,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 15 de maio de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR