

A. I. N° - 113793.0009/04-6
AUTUADO - CORDEIRO COM. DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTE - CORIOLANO ALMEIDA CERQUEIRA
ORIGEM - INFAS FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 14.09.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0255-02/06

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. Infração caracterizada, sendo reduzido o débito após refazimento dos cálculos, conforme diligência realizada pelo autuante a pedido do órgão julgador. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 30/09/2004, para exigência do valor de R\$ 662.424,81, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no período de abril de 2001 a dezembro de 2003, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às mercadorias (medicamentos) adquiridas de outras Unidades da Federação que não fazem parte do Convênio ICMS nº 76/94, e relacionados no Anexo 88 do RICMS/97, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, com base no preço máximo de venda ao consumidor publicado mensalmente em revistas especializadas, conforme demonstrativos e documentos às fls. 08 a 1408.

Foram dados como infringidos os artigos 371, I, “a”, 125, I, “a”, combinado com o artigo 61, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, com aplicação da multa prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo em sua defesa às fls. 1.411 a 1.427, teceu algumas considerações sobre os requisitos obrigatórios na instauração do processo administrativo fiscal, citou a doutrina jurídica do STF, e julgamentos de processos que foram considerados nulas as autuações por não terem atendido aos pressupostos do processo administrativo fiscal.

Em seguida, argüiu como preliminar de nulidade do Auto de Infração o cerceamento de defesa, em razão do não fornecimento de todos os termos, demonstrativos e levantamentos conforme previsto no artigo 46 do RPAF/99.

Argumenta que a não entrega dos citados documentos na intimação da ciência à peça constitutiva do lançamento, prejudicou o exercício da ampla defesa e do contraditório, ressaltando que no Auto de Infração não foi relacionada de forma analítica e criteriosa a composição da base de cálculo, ou seja, que o levantamento fiscal deveria conter analiticamente para cada nota fiscal relacionada, o lançamento produto por produto, a base de cálculo utilizada para fins da antecipação tributária, e a base de cálculo utilizada pelo autuante com a discriminação do PMC – Preço Máximo de Venda ao Consumidor Final publicado na Revista ABCFARMA, para fins do cálculo da diferença do imposto devido segundo o critério adotado no trabalho fiscal, além dos valores relativos aos recolhimentos efetuados especificamente para cada operação.

Assevera que a falha cometida pelo autuante na constituição do crédito tributário é irremediável, pois impede a sua perfeita caracterização, não só ao sujeito passivo, mas também ao órgão julgador de efetuar o julgamento de mérito em torno do levantamento que embasou a autuação, impondo a decretação da nulidade absoluta na referida constituição do crédito tributário mediante levantamento fiscal.

Feitas estas considerações, o autuado interpretou a natureza confiscatória da multa aplicada na visão de renomados tributaristas, pedindo que o órgão julgador estabeleça a distinção do que vem a ser preliminar de ordem constitucional e a preliminar de inconstitucionalidade de tributo ou medida fiscal.

No caso, considerou absurda a multa aplicada, galgando elevado valor sem nenhuma relação com a capacidade econômica da empresa. Sobre esta questão, requereu a realização de uma revisão fiscal, na forma do inciso III do artigo 148 do RPAF/99, com o fito de ser constatada que a lucratividade bruta auferida pelo estabelecimento no período compreendido pelo levantamento fiscal, não suportaria o encargo tributário reclamado no Auto de Infração.

Sobre a infração imputada, o autuado aduz que os preços máximos de venda a consumidor final, sugeridos pelo fabricante através da publicação mensal da ABCFARMA que foram utilizados no trabalho fiscal, não correspondem aos efetivamente praticados pelo mercado, que dificilmente pratica o preço máximo relacionado.

Argumenta que adquire as mercadorias junto aos fabricantes pelos valores efetivamente praticados no mercado, devendo, para fins de antecipação tributária, ser aplicada apenas a Margem de Valor Adicionado – MVA prevista, e não a contida no § 3º do artigo 8º da Lei Complementar 87/96, por entender que a utilização do PMC se constitui na utilização de uma “pauta” como presunção fiscal, tornando-a inconstitucional.

Ressaltou que a fixação de preço mediante a utilização do preço máximo ao consumidor, por se constituir em uma pauta fiscal, lhe impõe uma presunção relativa, caberia a sua modificação em face da evidência de que os preços praticados no mercado serem significativamente inferiores.

Salientou que no cálculo das diferenças apuradas não foram considerados os valores recolhidos através de parcelamentos de denúncias espontâneas apresentadas no período, e que isto implica na ocorrência do “*bis in idem*”, em razão da existência de indébito reclamado pela autoridade fiscal.

Conclui pedindo uma diligência para que sejam procedidas as correções no levantamento fiscal com as deduções decorrentes das denúncias espontâneas não computadas, e requer também a interveniência da Procuradoria Fiscal do Estado para seu pronunciamento em favor da legalidade e do Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público, e por fim, protestando provar suas alegações por todos os meios admitidos em direito, suplica pela nulidade do lançamento ou caso contrário a sua improcedência.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 1429 a 1437, rebateu as razões defensivas esclarecendo que:

1. O autuado foi intimado em 04/04/2004 a apresentar a documentação necessária ao cumprimento da OS nº 508180/04 (doc. fl. 07 e 07-A).
2. Todos os livros arrecadados para o trabalho fiscal foram devolvidos ao final da fiscalização.
3. As planilhas e todos os demonstrativos que embasam o lançamento tributário foram entregues quando da ciência do AI, no dia 14/10/2004, conforme declaração à fl. 1.438.
4. O estabelecimento não vinha cumprindo no período fiscalizado as exigências previstas na legislação tributária, quanto aos procedimentos que deveriam ser adotados na determinação da base de cálculo, pois vinha adotando sobre as operações realizadas com medicamentos de uso humano NCM 3002; 3003; 3004 e 3005, relacionados no Item 13 e sub item do inciso II do

artigo 353 do RICMS/97, o valor de aquisição agregando apenas a MVA de 60,07% para as mercadorias adquiridas nas regiões Sul e Sudeste; 51,46% para as mercadorias originárias das regiões Norte e Nordeste, e 42,85% nas operações internas, deduzindo ainda da base de cálculo o percentual de 10% previsto no Convênio ICMS 76/94, tendo recolhido a menos o valor lançado no Auto de Infração, em descumprimento aos artigos 61, I e II, “a”, 125, I, “a”, e 371, I, do RICMS/97.

5. Todos os valores constantes em suas planilhas às fls. 08 a 56 foram apurados com base no artigo 61, I e II, “a”, do RICMS/97, qual seja, sobre “...o preço único máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente”, e na falta da fixação de preço, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando a MVA relativa às operações subsequentes quando não houver fixação de preço por parte do fabricante, do importador ou de autoridade competente.
6. Com a edição do Convênio ICMS 147/02 que alterou o Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos criando a LISTA NEGATIVA, a LISTA POSITIVA, e a LISTA NEUTRA, diversificando as MVAs a serem aplicadas com base na alíquota do ICMS praticada na Unidade da Federação de origem das mercadorias, combinadas com a alíquota do ICMS praticada com a Unidade da Federação de destino das mercadorias, vários são os métodos para apuração do PMC – Preço Máximo de Venda ao Consumidor Final de medicamentos, quais sejam:
 - 6.1. Pesquisa diretamente junto à Tabela da ABCFARMA ou GUIAFARMA;
 - 6.2. Conhecendo o preço de fábrica, aplica-se os índices conforme Art. 3º da Resolução nº 02 de 08/11/2002, da Câmara de Medicamentos : “O Preço Máximo ao Consumidor – PMC será obtido por meio da divisão do Preço Fabricante – PF pelos fatores constantes da tabela seguinte, observadas as cargas tributárias do ICMS praticadas nos estados de destino e a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS”.

ICMS	LISTA POSITIVA	LISTA NEGATIVA	LISTA NEUTRA
18%	0,7234	0,7519	0,7073
17%	0,7234	0,7516	0,7075
12%	0,7234	0,7499	0,7084
0%	0,7234	0,7465	0,7103

7. Para conhecer o preço fábrica basta dividir o preço fábrica – PF encontrado na tabelas ABCFARMA e GUIAFARMA, pelo preço da nota fiscal, sendo encontrado um coeficiente que traduz no índice entre a Distribuidora e o Laboratório.
8. Foi adotado o menor fator de modo a beneficiar o contribuinte, conforme seus demonstrativos às fls. 1.495 a 1.533, cujos preços foram pesquisados na Tabela ABCFARMA às fls. 1445 a 1458, 1461 a 1480, e 1483 a 1493, sendo anexadas às fls. 1444, 1459 a 1460, e 1481 a 1482, notas fiscais de medicamentos adquiridos de diversos laboratórios para comprovar que a base de cálculo utilizada no Auto de Infração é inferior a base de cálculo encontrada através do PMC constante nas tabelas da GUIAFARMA ou ABCFARMA, e que nas planilhas já foi considerada a redução do percentual de 10%, na forma prevista no § 2º do artigo 61 do RICMS/97, concluindo que a adoção dos coeficientes ou fator não trouxe nenhum prejuízo ao contribuinte.
9. Os valores recolhidos através de denúncia espontânea foram devidamente demonstrados nas planilhas às fls. 57 a 72, e foram deduzidos dos valores apurados (fls. 73 a 74 e 1338), assim como os valores recolhidos para cada operação realizada com entrada de mercadoria submetida ao regime de antecipação tributária (fls. 57 a 72, e 1339 a 1409).
10. Não lhe compete no exercício de sua função fiscalizadora, cobrar ou deixar de cobrar tributo em razão de ser ou não confiscatório, ou se a capacidade econômica da empresa suporta o ônus do Auto de Infração.

Concluindo que os argumentos defensivos têm caráter protelatório, refuta a nulidade argüida na defesa, e mantém integralmente a procedência da autuação.

Em 27/01/2005 o processo foi baixado em diligência (fl. 1.539) à GERSU 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, com as alterações introduzidas pelo Convênio ICMS 147/02 no qual foram criadas as LISTAS NEGATIVA, POSITIVA e a NEUTRA, diversificando as MVAs a serem aplicadas na base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária nas operações com medicamentos de uso humano.

Além disso, foi solicitada informação se o referido método com base nos coeficientes aplicados causou prejuízo ao contribuinte, bem assim, que seja anexada aos autos, cópia da Resolução nº 02, de 08/11/02, da Câmara de Medicamentos, citada pelo autuante para melhor entendimento por parte desta Junta.

As fls. 1.561 a 1.562, foi emitido parecer pela SAT/DPF/GERSU, e esclarecido que a Portaria Federal nº 37/92, foi substituída em suas deliberações pelas Resoluções da Câmara de Medicamentos, que dispõe sobre a forma de definição do preço de fábrica e preço máximo ao consumidor, disciplina a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e define as margens de comercialização para estes produtos, a saber:

“1) o preço máximo ao consumidor (PMC) será calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras pelos fatores constantes das tabelas previstas nas mencionadas Resoluções, observadas as cargas tributárias do ICMS praticadas nos Estados de destino e a incidência para o PIS/PASEP e COFINS, conforme disposto na Lei Federal nº 10147/01;

2) as unidades produtoras e as do comércio atacadista repassarão obrigatoriamente às unidades varejistas o diferencial de ICMS entre o Estado de origem e o de destino e colocarão os produtos CIF no destinatário;

3) as unidades de comércio varejistas deverão manter à disposição dos consumidores e para verificação por parte da fiscalização, as listas de preços máximos ao consumidor;

4) as empresas produtoras deverão dar ampla publicidade aos preços de seus medicamentos por meio de publicações especializadas de grande circulação.”

Foi esclarecido que o autuante utilizou como método a divisão do preço fábrica publicado em revistas especializadas pelo preço constante nas notas fiscais para encontrar um coeficiente que lhe permitisse achar o preço fábrica em relação a cada nota fiscal sem precisar pesquisar os preços um a um. A partir do preço fábrica dividido pelos fatores constantes das tabelas previstas nas Resoluções CMED (Câmara de Medicamentos), se chegou ao preço máximo de venda a consumidor, e que esta metodologia está de acordo com a legislação federal e o Conv. ICMS 76/94, e com a legislação interna.

Foi feita uma amostragem à fl. 1.542, em relação a algumas notas fiscais, considerando o preço máximo de venda a consumidor pesquisado na Revista ABCFARMA (fls. 1.543 a 1.558), e encontrado um valor superior ao encontrado pelo autuante, concluindo, assim, que a metodologia adotada pelo autuante não causou qualquer prejuízo ao contribuinte, ao contrário, o Estado deixou de cobrar parte do imposto devido, pois os coeficientes utilizados não refletem com exatidão o preço máximo de venda a consumidor.

Por recomendação desta Junta, o processo foi baixado em diligência em 07/04/2005 (fl. 1.564) para serem entregues ao sujeito passivo os seguintes documentos:

1. Planilha “Amostragem do demonstrativo de débito feito pelo autuante” – fl. 1.542;
2. Cópias da Revista ABCFARMA – fls. 1.543 a 1.558;
3. Resolução nº 2 de 08/11/2002 da Câmara de Medicamentos – fls. 1.559 a 1.560;
4. Parecer da SAT/DPF/GERSU – fls. 1.561 a 1.562.

Tomando conhecimento dos documentos acima, o patrono do autuado (fls. 1.569 a 1.578) destaca que o parecerista da GERSU reconheceu taxativamente que os coeficientes utilizados pelo autuante não refletem com exatidão o preço máximo de venda ao consumidor, não caracterizando a certeza jurídica necessária ao fato.

Salienta que o que se questiona no processo, não é se o método utilizado pelo autuante causa ou não prejuízo ao autuado, mas, sim a ausência de alguns pressupostos básicos na constituição do crédito tributário, quais sejam: liquidez, certeza e precisão.

Por conta disso, ratifica o seu entendimento de que o não fornecimento pelo autuante de demonstrativo analítico por produto, com a indicação da composição da base de cálculo, impõe limitações ao trabalho fiscal, prejudicando o seu direito de defesa. Salienta que o levantamento fiscal a ser apresentado ao autuado deveria conter analiticamente para cada nota fiscal relacionada, o lançamento por produto, com a base de cálculo pelo autuado para fins de antecipação tributária, e a base de cálculo utilizada pelo autuante (o preço máximo de venda a consumidor final publicado na Revista ABCFARMA), e ainda, o quantum foi recolhido pelo estabelecimento especificamente para cada operação, para, ao final, informar a diferença do imposto devido segundo o critério do proposto fiscal.

Por fim, requer a nulidade da autuação.

Na Pauta Suplementar do dia 31/05/2005 o processo foi novamente baixado em diligência à Infaz de origem, (fl. 1.581), tendo em vista o que foi exarado no Parecer GERSU constante às fls. 1.561 a 1.562, para que o autuante apurasse índices precisos, de acordo com a orientação da GERSU, e os argumentos defensivos, para que o autuante refizesse os demonstrativos, indicando o real valor do débito, de forma que o Estado não deixe de exigir a totalidade do imposto devido, devendo serem apresentados levantamentos analíticos contendo cada documentos fiscal, data de emissão, especificação de cada produto, valores utilizados para a determinação da base, inclusive cada valor recolhido espontaneamente.

O autuante alega que diante da impossibilidade do cumprimento do despacho às fls. 1.581 a 1.582, em face da complexidade da legislação aplicável ao seguimento de medicamentos da linha humana, bem com da complexidade da elaboração dos levantamentos demonstrando aferição da regularidade da apuração do ICMS, em razão da necessidade de levantar todas as compras por ordem do registro de entradas de mercadorias, de classificar as notas por laboratório, de identificar se o produto seria calculado pela Lista Positiva, Negativa ou Neutra, de conseguir as tabelas de ABCFARMA ou GUIAFARMA, e de elaborar demonstrativo mensal do imposto recolhido a menos por erro na determinação da base de cálculo, requereu ao Inspetor da Infaz de Feira de Santana que este trabalho fosse objeto de nova ordem de serviço para ser cumprida no trimestre seguinte. Não consta nenhum despacho do Inspetor nesse sentido.

Na informação fiscal constante às fls. 1.588 a 1.592 o autuante informou que cumpriu a diligência nos termos solicitado por esta Junta, considerando o “PMC” quando sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, publicado na revista “GUIAFARMA/ABCFARMA”, tendo refeito os demonstrativos iniciais mediante planilha contendo analiticamente para cada nota fiscal relacionada, o lançamento por produto, para fins de determinação da base de cálculo, utilizada para fins do ICMS nas operações realizadas com mercadoria submetidas ao regime de antecipação tributária e os valores recolhidos, inclusive por denúncia espontânea, resultando nos débitos nos seguintes valores: 2001 = nihil; 2002 = R\$ 82.004,97; e 2003 = R\$ 165.222,68, totalizando o débito o valor de R\$ 247.227,64, conforme demonstrativos e documentos às fls. 1.593 a 2.508.

Consta às fls. 2.509 a 2.510 intimação expedida ao sujeito passivo para tomar ciência do resultado da diligência fiscal e declaração do mesmo que recebeu cópia de todos os demonstrativos e documentos que foram acostados ao processo por ocasião da referida diligência. Não houve manifestação do autuado no prazo estipulado de 10 (dez) dias.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade de cerceamento de defesa, em razão do não fornecimento de todos os termos, demonstrativos e levantamentos conforme previsto no artigo 46 do RPAF/99, observo que realmente não constava no processo a comprovação nesse sentido, sendo a pedido desta Junta expedida intimação (fl. 1.567) ao sujeito passivo e entregues os documentos às fls. 1.542 a 1.562, permitindo o exercício da ampla defesa e do contraditório conforme impugnação apresentada (fls. 1.569 a 1.578).

Além disso, em virtude do processo ter sido submetido a nova diligência, conforme despacho à fl. 1.581, e terem sido elaborados novos demonstrativos do débito e juntados novos elementos aos autos, o autuado foi intimado para ciência do resultado da diligência, ocasião em que declarou que os dados resultantes da diligência estavam de acordo com os arquivos magnéticos e que recebeu cópias dos referidos documentos (fls. 2.509 e 2.510).

Desta forma, tendo sido entregues todos os documentos ao sujeito passivo, que resultaram na diminuição da exigência fiscal, notadamente o levantamento fiscal, analítico contendo as bases de cálculo para cada nota fiscal relacionada, o lançamento produto por produto, a base de cálculo utilizada para fins da antecipação tributária, e a base de cálculo com as devidas reduções utilizadas pelo autuante com a discriminação do PMC – Preço Máximo de Venda ao Consumidor Final publicado a Revista ABCFARMA, e das respectivas MVAs, para fins do cálculo da diferença do imposto devido segundo o critério adotado no trabalho fiscal, além da dedução ao final de cada período dos valores relativos aos recolhimentos efetuados espontaneamente (fls. 1.632-A a 2.142), concluo que o autuado pôde exercer a ampla defesa e o contraditório, pois todas as infrações foram descritas com clareza e estão embasadas em documentos e elementos extraídos de sua escrita.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares argüidas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo porque considerar que há falta certeza e liquidez ao lançamento, pois o mesmo foi constituído com base em elementos extraídos da escrita fiscal do autuado, inexistindo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o artigo 18, inciso IV, “a” do RPAF/99.

No mérito, na análise das peças processuais verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir, da empresa adquirente, estabelecida no Estado da Bahia, a antecipação efetuada a menos, relativa ao período de abril de 2001 a dezembro de 2003, na aquisição de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras Unidades da Federação (São Paulo, Minas Gerais e Goiás), em virtude de erro na determinação da base de cálculo, com base no preço máximo de venda a consumidor publicado em revistas especializadas, além da falta de antecipação em diversas operações realizadas nos mesmos Estados que não fazem parte do Convênio ICMS nº 76/94, conforme demonstrativos e respectivos documentos constantes às fls. 08 a 56.

Pelo que constam das notas fiscais que serviram de base à autuação, realmente todas as mercadorias tratam-se de 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 76/94 e alterações posteriores, desde 01/11/97; 01/04/2001; e 01/09/00, respectivamente. Portanto, em se tratando de aquisições interestaduais de medicamentos, e considerando que os Estados dos quais originaram as mercadorias, na data da ocorrência, não mais eram signatários do Convênio ICMS 76/94, 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.

Pelos argumentos defensivos, nota-se que o autuado reconhece a sua obrigação como substituto tributário nas operações objeto da lide, ou seja, não discute a sua condição de sujeito passivo por substituição, nas aquisições em outras Unidades da Federação, e consequentemente, a sua obrigação em efetuar a antecipação do imposto das mercadorias objeto da autuação, tanto que, no período objeto da autuação efetuou a antecipação a menos em várias operações de compras interestaduais.

No entanto, ao defender-se, aduziu ilegalidade da base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, por entender que os preços máximos de venda a consumidor final, sugeridos pelo fabricante através da publicação mensal da ABCFARMA que foram utilizados no trabalho fiscal, não correspondem aos efetivamente praticados pelo mercado, que dificilmente pratica o preço máximo relacionado, e que, deveria para fins de antecipação tributária, ser aplicada apenas a Margem de Valor Adicionado – MVA prevista, e não a contida no § 3º do artigo 8º da Lei Complementar 87/96. Argumentou ainda que a multa aplicada tem caráter confiscatório.

Quanto à multa aplicada, considerada pelo contribuinte que é confiscatória, a mesma está de acordo com as normas regulamentares, e não se inclui na competência desta JJF a declaração de constitucionalidade de dispositivo regulamentar, conforme art. 167 do RPAF/99.

Analizando o argumento defensivo, observo que o débito inicialmente havia sido apurado através da aplicação de um fator fixo tomado por base o PMC – Preço Máximo de Venda ao Consumidor Final divulgado pela Revista ABCFARMA com a redução de 10% de modo a resultar numa carga tributária de 7%, ou seja, a fiscalização utilizou como método a divisão do preço de fábrica publicado em revistas especializadas pelo preço constante nas notas fiscais para encontrar um coeficiente que lhe permitisse achar o preço fábrica em relação a cada Nota Fiscal sem precisar pesquisar um a um.

Sobre o método aplicado pela fiscalização, a SAT / DPF / GERSU, a pedido desta Junta, se manifestou às fls. 1.561 a 1.562 dizendo que o contribuinte não está sendo prejudicado, mas o Estado deixou de cobrar parte do imposto devido, por entender que os coeficientes utilizados pelo autuante não refletem com exatidão o preço máximo de venda a consumidor.

Por conta disso, visando a apuração de índices precisos, e considerando também os argumentos defensivos de que o levantamento fiscal a ser apresentado deveria conter analiticamente para cada nota fiscal relacionada, o lançamento por produto, com a base de cálculo utilizada pelo autuado para fins de antecipação tributária, e a base de cálculo utilizada pelo autuante (o preço máximo de venda a consumidor final publicado na Revista ABCFARMA), e ainda, o quantum foi recolhido pelo estabelecimento especificamente para cada operação, para, ao final, informar a diferença do imposto devido segundo o critério do preposto fiscal, o processo foi convertido em diligência para que o autuante refizesse os demonstrativos, indicando o real valor do débito, de forma que o Estado não deixe de exigir a totalidade do imposto devido.

Ressalto que 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 diversas diligências efetuadas, em nova informação fiscal prestada às fls. 1.588 a 1.592, o autuante informou que refez os cálculos, conforme demonstrativos e documentos às fls. 1.593 a 2.508, cujo débito encontra-se devidamente demonstrado nas planilhas representativas de cada documento fiscal constantes às fls. 1.632-A a 2.142, com base no preço máximo de venda a consumidor publicado em revistas especializadas no setor farmacêutico, e nos casos em que o produto não constava das referidas revistas, o preço foi calculado com base no preço praticado acrescido das respectivas MVAs (60,07%; 51,46%; 42,85%), em cujas planilhas de cálculos encontram-se a discriminação analítica dos valores do preço máximo ao consumidor de cada produto constante na nota fiscal, a redução da base de cálculo (10% ou 18,53%), a BC-ST, a BC reduzida, o ICMS-ST, o imposto destacado no documento fiscal, e a diferença a recolher. Do total do débito de cada exercício apurado foram deduzidos os valores recolhidos e por denúncia espontânea.

Ressalto que foi dada vistas ao autuado, através de intimação, da informação fiscal e demais elementos acostados aos autos, cuja ciência, datada de 29/06/2006, está comprovada na própria intimação e na declaração às fls. 2.509 e 2.510, sendo concedido o prazo previsto no RICMS para a manifestação do contribuinte, não tendo o mesmo apresentado qualquer manifestação, o que leva a se concluir pela aceitação do resultado obtido.

Com relação a base de cálculo para determinação da exigência fiscal, observo o acerto da ação fiscal, tendo em vista que foi dado estrito cumprimento ao disposto na Cláusula Segunda do Convênio 76/94, haja vista que foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, constante das tabelas de preços publicadas em revistas especializadas do setor comercial de medicamentos, e em alguns casos em razão da não divulgação nas referidas revistas foi utilizado o preço praticado acrescido das respectivas margens de valor agregado (MVA) previstas no Anexo 88 do RICMS/97. Desse modo, considero 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.

Considerando o refazimento dos cálculos pelo autuante, a exigência fiscal fica reduzida para o valor de R\$ 247.227,64, conforme planilhas elaboradas pelo autuante, ora transcritas para fins de demonstração do débito de cada período.

DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO DÉBITO

Data Ocor.	Vr.do Débito	Vr. Recolhido	Diferença	Denúncia Espontânea	Vr. A Recolher
abril-01	11.182,83	6.735,15	4.447,68	20.919,99	(16.472,31)
maio-01	26.486,23	11.689,39	14.796,84	25.454,82	(10.657,98)
junho-01	26.854,00	12.638,71	14.215,29	30.127,43	(15.912,14)
julho-01	21.887,99	10.378,05	11.509,94	25.888,09	(14.378,15)
agosto-01	20.680,51	9.500,71	11.179,80	24.391,80	(13.212,00)
setembro-01	12.762,95	7.611,25	5.151,70	17.805,30	(12.653,60)
outubro-01	17.983,39	12.792,44	5.190,95	24.923,25	(19.732,30)
novembro-01	33.907,26	15.582,04	18.325,22	30.306,02	(11.980,80)
dezembro-01	14.718,15	10.676,89	4.041,26	18.862,15	(14.820,89)
EXERCÍCIO					
2001	186.463,31	97.604,63	88.858,68	218.678,85	-129.820,17
janeiro-02	20.143,89	12.838,98	7.304,91		7.304,91
fevereiro-02	18.116,93	11.615,11	6.501,82		6.501,82
março-02	30.826,52	15.101,54	15.724,98		15.724,98
abril-02	29.507,89	21.116,47	8.391,42		8.391,42

maio-02	21.176,92	13.278,75	7.898,17		7.898,17
junho-02	26.619,09	21.689,37	4.929,72		4.929,72
julho-02	16.318,74	13.064,17	3.254,57		3.254,57
agosto-02	17.013,18	7.693,93	9.319,25		9.319,25
setembro-02	18.580,79	13.471,57	5.109,22		5.109,22
outubro-02	23.568,53	17.629,90	5.938,63		5.938,63
novembro-02	21.199,29	18.583,17	2.616,12		2.616,12
dezembro-02	20.904,93	15.888,79	5.016,14		5.016,14
EXERCÍCIO 2002	263.976,70	181.971,75	82.004,95	0,00	82.004,95
janeiro-03	14.825,26	7.121,29	7.703,97		7.703,97
fevereiro-03	23.319,29	12.071,02	11.248,27		11.248,27
março-03	9.854,12	4.300,73	5.553,39		5.553,39
abril-03	13.086,67	9.697,63	3.389,04		3.389,04
maio-03	19.165,84	2.094,19	17.071,65		17.071,65
junho-03	31.572,43	3.664,63	27.907,80		27.907,80
julho-03	32.850,45	13.801,79	19.048,66		19.048,66
agosto-03	34.810,83	9.523,91	25.286,92		25.286,92
setembro-03	27.955,17	4.543,79	23.411,38		23.411,38
outubro-03	20.412,76	4.458,76	15.954,00		15.954,00
novembro-03	14.022,68	9.800,14	4.222,54		4.222,54
dezembro-03	23.892,73	19.467,66	4.425,07		4.425,07
EXERCÍCIO 2003	265.768,23	100.545,54	165.222,69	0,00	165.222,69
TOTAIS	716.208,24	380.121,92	336.086,32	218.678,85	247.227,64

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
30/4/2001	9/5/2001	-	17	60	-
31/5/2001	9/6/2001	-	17	60	-
30/6/2001	9/7/2001	-	17	60	-
31/7/2001	9/8/2001	-	17	60	-
31/8/2001	9/9/2001	-	17	60	-
30/9/2001	9/10/2001	-	17	60	-
31/10/2001	9/11/2001	-	17	60	-
30/11/2001	9/12/2001	-	17	60	-
31/12/2001	9/1/2002	-	17	60	-
31/1/2002	9/2/2002	42.970,06	17	60	7.304,91
28/2/2002	9/3/2002	38.246,00	17	60	6.501,82
31/3/2002	9/4/2002	92.499,88	17	60	15.724,98
30/4/2002	9/5/2002	49.361,29	17	60	8.391,42
31/5/2002	9/6/2002	46.459,82	17	60	7.898,17
30/6/2002	9/7/2002	28.998,35	17	60	4.929,72
31/7/2002	9/8/2002	19.144,53	17	60	3.254,57
31/8/2002	9/9/2002	54.819,12	17	60	9.319,25
30/9/2002	9/10/2002	30.054,24	17	60	5.109,22
31/10/2002	9/11/2002	34.933,12	17	60	5.938,63
30/11/2002	9/12/2002	15.388,94	17	60	2.616,12
31/12/2002	9/1/2003	29.506,71	17	60	5.016,14
31/1/2003	9/2/2003	45.317,47	17	60	7.703,97
28/2/2003	9/3/2003	66.166,29	17	60	11.248,27
31/3/2003	9/4/2003	32.667,00	17	60	5.553,39

30/4/2003	9/5/2003	19.935,53	17	60	3.389,04
31/5/2003	9/6/2003	100.421,47	17	60	17.071,65
30/6/2003	9/7/2003	164.163,53	17	60	27.907,80
31/7/2003	9/8/2003	112.050,94	17	60	19.048,66
31/8/2003	9/9/2003	148.746,59	17	60	25.286,92
30/9/2003	9/10/2003	137.714,00	17	60	23.411,38
31/10/2003	9/11/2003	93.847,06	17	60	15.954,00
30/11/2003	9/12/2003	24.838,47	17	60	4.222,54
31/12/2003	9/1/2004	26.029,82	17	60	4.425,07
TOTais					247.227,64

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 113793.0009/04-6, lavrado contra **CORDEIRO COM. DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 247.227,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR