

PROCESSO - A. I. Nº 232853.0022/05-2
RECORRENTE - COMERCIAL DE MEDICAMENTOS AQUÁRIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0263-04/06
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 28/02/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0010-11/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Existência de preço sugerido ao consumidor pelo fabricante em valor superior à base de cálculo utilizada. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a realização de diligência fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 4ª JJF – Acórdão JJF nº 0263-04/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$ 363.562,15, recolhido a menos, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, relativas aos meses de março a junho de 2002.

A Decisão recorrida, inicialmente rejeitou as preliminares de nulidade do Auto de Infração, suscitadas pelo autuado, por entender que o lançamento está revestido das formalidades legais, como também por que foi possibilitado ao autuado o pleno direito de defesa.

Também foi indeferido o pedido de diligência fiscal, formulado pelo sujeito passivo, para comprovar que não tem capacidade lucrativa para suportar a autuação.

Quanto ao mérito, foi ressaltado que a autuante abateu, de forma correta, os valores objeto de denúncia espontânea relacionados com os fatos geradores ocorridos nas mesmas datas do período apurado na ação fiscal, ou seja, os valores referentes aos meses de março a junho de 2002.

No tocante à alegação de que a autuante não teria considerado as reduções da base de cálculo prevista no inciso III do artigo 87 do RICMS/97, a JJF deixou de acolher, uma vez que tais reduções foram relevadas nas planilhas elaboradas na ação fiscal, conforme se pode observar às fls. 14 a 59 dos autos.

Em relação ao procedimento adotado para apurar a base de cálculo do ICMS, a Decisão recorrida é de que está conforme o previsto no art. 61, I, § 2º, I, do RICMS/97, que estabelece, para efeitos de antecipação tributária, nas operações com produtos farmacêuticos, que a base de cálculo será apurada em consonância com o Convênio ICMS 76/94, cuja cláusula segunda determina a forma de apuração da base de cálculo, a qual será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor final e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Ressalta que no presente PAF, restou comprovado a existência de preço máximo de venda a consumidor final publicada pela revista especializada, fato que não é contestado pelo autuado. Assim, conclui que a base de cálculo do imposto devido por antecipação tributária é a prevista no caput da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94.

Às fls. 364 e 365 dos autos, o contribuinte requer o pagamento parcial do débito, no valor de R\$ 54.534,32, através dos benefícios da Lei nº 10.328/2006.

Não se conformando com a Decisão de 1^a Instância, o recorrente apresentou no prazo legal o Recurso Voluntário, no qual argui, preliminarmente, a nulidade do presente PAF, tendo em vista, mais uma vez o descumprimento de formalidade essencial básica, a qual seria o fornecimento de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pela autuante e que não foram entregues ao autuado em mídia corrente, quando do encerramento da ação fiscal, por entender indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto de Infração.

Posteriormente aduz que se refere às cópias das revistas fornecidas à SEFAZ pela ABC Farma, nos períodos de 03/2002 a 06/2002 e demonstrativos técnicos que não foram entregues ao sujeito passivo e que constituiu elemento impeditivo ao pleno exercício do contraditório. Ressalta que o fato de ter lhe sido encaminhado cópia de seus demonstrativos por meio de arquivos magnéticos em formato DBF, não supre a exigência legal, por não ter condições de acessar tais arquivos, o impedindo de exercer o contraditório. Sustenta que os demonstrativos produzidos devem ser fornecidos em mídia impressa e no idioma pátrio, sob pena de nulidade de todo o procedimento.

Também registra que a revista ABC Farma só foi encaminhada pela repartição fazendária em 28/03/2006, mesmo assim através de arquivos magnéticos em DBF, ainda assim, produzidos pela própria SEFAZ, e não pela ABC Farma, não podendo ser considerado cópia da edição impressa, o que não atende a disposição contida no art. 46 do RPAF. Salienta que o próprio CONSEF tem tido reiterados pronunciamentos no sentido de que os demonstrativos produzidos pela fiscalização para apresentação aos contribuintes devem ser em mídia impressa. Aduz que, no caso concreto, é agravado pelo fato dos demonstrativos não terem sido fornecidos criptografados, ou seja, sem qualquer tipo de programa autenticador, o que, no seu entender, descharacteriza como qualquer elemento de prova, justificando a nulidade do julgamento original, para nova apresentação dos demonstrativos em mídia impressa, bem como a reabertura do prazo defensório, enquanto não decretada em definitivo a nulidade do PAF. Cita o Acórdão CJF nº. 0109-11/06, no qual se manifesta no sentido de que: "... O CD POR NÃO ESTAR AUTENTICADO PELA SEFAZ, NÃO OFERECE A SEGURANÇA NECESSÁRIA, PERMITINDO A VIOLAÇÃO DOS DAODS NELES CONSTANTES."

Ressalta que o levantamento fiscal a ser apresentado ao autuado deveria conter analiticamente para cada nota fiscal relacionada, o lançamento produto por produto, com o valor do preço utilizado para apuração da base de cálculo utilizada para fins de cálculo da antecipação tributária, e a base de cálculo utilizada pelo autuado para fins de cálculo da diferença do imposto devido segundo o critério do representante do fisco, o que não foi feito, pois a origem do valor apurado para fixação do PMC é uma incógnita, vista que a revista editada pela ABC Farma, em sua integridade, não lhe foi fornecida.

No mérito, aduz que os Preços Máximos de Venda a Consumidor Final – PMC, sugeridos pelos fabricantes, não correspondem aos efetivamente praticados pelo mercado. Assevera que adquire as mercadorias pelos valores efetivamente praticados, devendo aplicar-se assim apenas a Margem de Valor Adicionado – MVA prevista, alcançando de fato os valores reais previstos na norma genérica contida na legislação do ICMS, e não a contida no § 3º do artigo 8º da Lei Complementar 87/96, haja vista que a utilização do PMC – Preço Máximo ao Consumidor Final, constitui, sem dúvidas, na utilização de uma “pauta” como presunção legal absoluta, o que é absolutamente inadmissível em face do dispositivo constitucional não admitir ficção legal, nem presunção legal absoluta, definindo como base de cálculo do ICMS valores inteiramente divorciados do valor da operação tributável.

Também registra que no cálculo das diferenças apuradas, em nenhum momento constam os valores recolhidos através de denúncias apresentadas no período, o que implica na ocorrência do “bis in idem”. Assim, requer a conversão do PAF em diligência para que na impossibilidade da adoção do caput da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, seja adotado como critério de cálculo do imposto devido o § 1º do referido dispositivo, devendo serem efetuadas as devidas correções no levantamento fiscal, ajustando-o não só às deduções decorrentes das denúncias espontâneas não computadas, bem como, não existindo ou não podendo comprovar os PMC estabelecidos na revista da ABC Farma no período corrente, que refaça os cálculos constantes no levantamento fiscal de forma a utilizar como critério de apuração a adoção das MVA de 60,07%, 51,46% e 42,85% para a apuração do imposto devido.

Em seu Parecer, às fls. 387 e 388 dos autos, a PGE/PROFIS opina pela não provimento do Recurso Voluntário, porquanto que a alegação de nulidade não tem amparo, pois a JJF providenciou a entrega em CD dos valores constantes nas revistas ABC Farma que serviram para a formação da base de cálculo autuada. Frisa que o contribuinte tem acesso livre às edições publicadas das revistas ABC Farma, já que é distribuidor de medicamentos. Assim, não vislumbra a nulidade apontada.

No mérito, verifica que a base de cálculo do ICMS por substituição tributária relativa a medicamentos da linha humana está prevista no Convênio ICMS 76/94 que dispõe que 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, destacando que a Portaria Ministerial nº 37/92, elevou as listas fornecidas pelas indústrias à categoria de preço sugerido pelo órgão competente, já que essa norma impositiva estabelece a forma de proceder o cálculo para chegar-se a tais preços. Portanto, as listas publicadas pelos fabricantes são preços sugeridos livremente pelo industrial, contudo, dentro da limitação da margem de comercialização, segundo os ditames do parágrafo 1º da Portaria Ministerial nº 37/92.

Assim, conclui que a base de cálculo aplicada no caso foi a correta, pois prevista expressamente na legislação aplicável, e os preços sugeridos pelos fabricantes se encontram nos autos, não tendo havido contestação sobre esses cálculos, sendo indevidas as alegações de que não foi concedida a redução da base de cálculo prevista no art. 87 do RICMS, nem abatidos os valores espontaneamente denunciados, uma vez que as planilhas elaboradas pela autuante contemplam expressamente tais reduções.

VOTO

Preliminarmente, devo ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, estando a infração devidamente demonstrada e documentada, tendo sido reaberto o prazo de defesa ao sujeito passivo, quando da instrução processual, para o exercício do seu direito de defesa, haja vista que quando da informação fiscal a autuante já havia lhe entregue os arquivos magnéticos contendo os preços consignados na Revista ABC FARMA, cujas informações lhe são habituais em razão da sua atividade, sem levar em consideração também a sua disponibilização por meios eletrônicos, cada vez mais usual. Assim, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração suscitada pelo recorrente.

Também entendo desnecessária a realização de diligência fiscal no sentido de que *na impossibilidade da adoção do caput da cláusula segunda do Convênio ICMS n.76/94, seja adotado como critério de cálculo do imposto devido o § 1º do referido dispositivo*, pois a apuração da base de cálculo está de acordo com a legislação.

Quanto ao mérito, da análise das razões do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, constato que as mesmas são incapazes de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada.

Naquela oportunidade foi consignado que o art. 61, § 2º do RICMS/97 explicita que a determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária de produtos farmacêuticos será feita em consonância com o Convênio ICMS 76/94 e suas alterações posteriores.

Este por sua vez, em sua cláusula segunda, estabelece 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.

É notório que os medicamentos de uso humano possuem preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, por exigência da ANVISA, cujas listas fornecidas pelas indústrias foram elevadas à categoria de preço sugerido pelo órgão competente, conforme dispositivo da Portaria nº 37/92 do Ministério da Fazenda e Planejamento.

Assim, diante do exposto, conclui-se que a base de cálculo para medicamentos é o valor do preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial e divulgado ao público, que, no caso concreto, é superior ao utilizado pelo autuado, do que entendo caracterizado o recolhimento a menos do imposto relativo à antecipação tributária, conforme documentado à fl. 13 a 269 dos autos, cujo Demonstrativo de Cálculo de ICMS Substituição/Antecipação Tributária com Base no PMC (fls. 14 a 59), consigna de forma analítica, por nota fiscal, a diferença a recolher do imposto, já considerando a redução da base de cálculo de 10%, sendo no Resumo do ICMS Devido (fl. 13) deduzido os valores objeto de denúncia espontânea. Portanto, o levantamento fiscal está correto, descabendo qualquer correção, seja de redução da base de cálculo, seja de exclusão dos valores oferecidos à tributação através de denúncia espontânea, uma vez que já foram originalmente considerados.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE.

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 o Auto de Infração nº 232853.0022/05-2, lavrado contra **COMERCIAL DE MEDICAMENTOS AQUÁRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$363.562,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2007.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS