

**PROCESSO** - A. I. N° 279547.0802/06-7  
**RECORRENTE** - VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. (VITÓRIA)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3<sup>a</sup> JJF n° 0412-03/06  
**ORIGEM** - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 28/06/2007

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0211-12/07

**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. Autuado na é detentor de termo de acordo previsto no Decreto nº 7799/00 para aplicação de redução de base de cálculo de medicamentos. Infração subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$203.237,65, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte infração:

Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadorias elencadas no anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.

Em seu voto o Sr. relator da JJF rejeitou a preliminar de nulidade entendendo que o Auto foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. No mérito afirma que ocorreu o recolhimento a menos por aplicação de base de cálculo inferior a prevista no art. 61 do RICMS, tendo em vista que o autuado não era detentor do Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799/00. Entendeu que o autuante procedeu de forma correta quanta à exigência do imposto por antecipação tributária, de mercadorias (medicamentos) procedentes de Estado não signatário do Convênio ICMS 76/94 (São Paulo, sendo obrigado a apurar e recolher o imposto, sendo que a base de cálculo a ser aplicada está prevista no art. 61, I, §2º, I do RICMS que transcreve juntamente com a Cláusula 2<sup>a</sup> do referido convênio. Acrescenta que o argumento do contribuinte está adstrito à não concessão do termo de acordo fato atribuído à condição em que se encontra o autuado de devedor da Fazenda Pública. Diz que estando o contribuinte em tal situação não cabe a aplicação do benefício de redução de base de cálculo, haja vista que efetivamente, o defendant não se encontrava habilitado. Conclui que a ação fiscal foi correta respeitando-se inclusive os créditos constantes nas notas fiscais e os valores recolhidos por GNREs e vota no sentido de que o auto seja considerado procedente no que foi acompanhado pelos demais membros da JJF.

Tempestivamente, como dissemos, o contribuinte interpõe o presente Recurso Voluntário onde tenta mais uma vez desconstituir o lançamento contra si realizado. Aduz inicialmente que o julgamento foi “*citra petita*”, pois não foram examinadas todas as questões propostas pelas partes. Reconhece que apesar de ter solicitado o pedido de acordo desde 20/12/2004 até hoje não foi atendido o que ele entende tratar-se de uma “*perseguição a que está exposto*”. Em seguida ratifica que o fisco cometeu erros que implicam em nulidade do lançamento: utilização irregular de pauta fiscal, inobservância dos descontos incondicionais ou comerciais que são concedidos pelas indústrias e são repassados obrigatoriamente para a distribuidora, farmácias e consumidores finais e carência de análise na concessão do acordo com base no Decreto nº 7799/00

nos termos do art. 3º-A e parágrafo único e diz ainda que seus argumentos não foram corretamente apreciados. Sobre o primeiro possível erro do fisco aduz que o art. 97 do CTN enaltece o princípio da legalidade na fixação da alíquota e da base de cálculo do tributo. Entende que o Estado não poderia por simples norma complementar fixar estes valores, pois ora aplica a pauta fiscal ora não vem dando importância aos preços sugeridos pela ABCFARMA como se este não fosse uma sugestão de preços praticados entre fabricante e distribuidor. Refere-se e transcreve o art. 8º, §§ 2º e 3º da LC 87/96. Diz que o preço final ao consumidor é apenas uma sugestão e que uma Portaria não pode “fazer às vezes desta lei”. Afirma que o STJ não vem admitindo a cobrança do ICMS com base em pautas de valores arbitrariamente adotadas. Diz que o valor deveria ser o da Nota Fiscal e que há irregularidade a utilização como Pauta Fiscal as publicações da ABCFARMA. Comenta em seguida respeito da questão dos descontos incondicionais ou comerciais que afetam a base de cálculo do imposto. Cita e transcreve a lição de Sérgio de Iudícibus e José Carlos Marion sobre o tema. Diz que a “distribuição” devido a forma como os produtos comercializados ficam com a margem muito pequena na lucratividade o que os obriga a vender por preço muito inferior ao valor sugerido pelas revistas o que lhe levou a concluir que estes valores não podem servir de parâmetro para se auferir a base de cálculo real da operação. Cita e transcreve o art. 61, e o seu Inc. II e considera que este deveria ser o artigo a ser aplicado. Diz em conclusão que não cumpre para alguns produtos e por alguns períodos o valor sugerido na própria Revista. Repete que a jurisprudência tem sido unânime em destacara que os descontos comerciais devem ser retirados da base de cálculo. Cita e transcreve Acórdão sem citar, porém a origem do mesmo. Ratifica por fim a argumentação já apresentada e que diz respeito à carência de análise na concessão do acordo com base no Decreto nº 7799/00. Pede mais uma vez a nulidade da Decisão e faz um pedido alternativo no sentido de lhe ser aplicado o art. 3º-A, Parágrafo único do multicitado Decreto e que seja determinado o recálculo do imposto.

A Sra. procuradora emite um Parecer opinativo onde após relatar o até aqui ocorrido diz inicialmente que o Recurso Voluntário “*data máxima venia revela-se meramente procrastinatório quando aduz que a Decisão é citra petita*”. Entende aquela Parecerista que “*a Decisão contestada enfrenta diretamente todas as questões postas administrativamente, seja ao indicar a base de cálculo legalmente utilizada, seja ao afastar a aplicação do Decreto nº 7799/00, tendo em vista que o autuado não era habilitado ao benefício da redução da base de cálculo naquele diploma previsto.*” Conclui preliminarmente que não vislumbra nulidade capaz de macular a Decisão proferida pelos julgadores “*a quo*”. Quanto ao mérito enfrenta inicialmente as questões sobre a base de cálculo citando e transcrevendo o art. 61 do RICMS combinado com a cláusula segunda do Convênio ICMS 79/96. Transcreve ainda o art. 8º, §§ 2º e 3º da LC 87/96, o art. 17, I, §3º, I da Lei nº 7.014. Refere-se e transcreve o art. 19, Parágrafo único, IV, da Lei nº 7.014 que: “*trilhando em permissivo constitucional*” revela que a existência da pauta fiscal é absolutamente possível. Complementa ainda o seu argumento citando o Convênio ICMS 76/94 que estabeleceu, novamente como base de cálculo das operações sob exame, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo industrial. Reproduz novamente o art. 8º, §§ 2º e 3º e realça o art. 19, parágrafo único, III da Lei nº 7.014/96. Conclui afirmando que “*não se verifica qualquer indicação do autuado do valor a ser utilizado como base de cálculo e, muito menos, uma comprovação de valor exato por ele postulado, atendo-se a tão-somente formular conjecturas sobre os supostos descontos comerciais a serem concedidos no ato da operação de venda a consumidor final*”. Entende também que não merece acolhida o pedido alternativo para re-cálculo do imposto devido pois o contribuinte não atendeu aos requisitos legais para a concessão do regime especial. Não procedendo também o seu pedido neste aspecto. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Como vimos o fulcro da autuação refere-se ao não recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadorias (medicamentos) elencadas no anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado. Ora é exatamente contra o descredenciamento ou a não concessão do regime

especial que se insurge o contribuinte. E ao argumentar contra Decisão da JJF repete a mesma catilinária já oferecida quando da impugnação. Afirma inicialmente 1º que o julgamento foi “*citra petita*”. Como muito bem colocou a Sra. procuradora foram examinadas todas as questões propostas pelas partes e por tanto não há que se falar que julgamento deixou de examinar todas elas. O fato de ter protocolado o pedido de um acordo desde o final de 2004 e o ter reiterado outras vezes, não pode ser entendido como uma “perseguição”, pois a Administração Tributária age como ocorreu no presente caso, dentro dos estritos parâmetros estabelecidos pela lei. Se o contribuinte considerou que houve abuso deveria, aliás, como ameaça, em sua peça recursal, ir ao judiciário. A ação fiscal não cometeu erros. O Lançamento está correto. A alegação sobre a inobservância por parte da Fazenda Pública dos descontos incondicionais ou comerciais supostamente concedidos à distribuidora e repassados a farmácias e consumidores finais não tem pertinência no presente PAF. O princípio da legalidade como colocou a Sra. procuradora foi respeitada durante todo o decorrer da ação fiscal e a base de cálculo utilizada está incluída na lei do ICMS em vigor. O uso dos preços sugeridos pela ABCFARMA como base de cálculo está em acordo com a legislação e com as decisões dos tribunais superiores. Não há, portanto, irregularidade na utilização de tais valores. Comenta em seguida a respeito da questão dos descontos incondicionais ou comerciais que afetam a base de cálculo do imposto. A sua afirmação de que para alguns produtos e por alguns períodos segue o valor sugerido da própria Revista, soa como uma espécie de definição conveniente da empresa e que não poderia ser alçada à condição de comportamento legal. Se quando da análise do pedido para assinatura do acordo com base no Decreto nº 7799/00 o ora recorrente não preencha os requisitos necessários, a atitude da Administração Tributária foi correta. O seu pedido alternativo também não tem como ser atendido. Como bem colocou a Sra. procuradora o contribuinte não atendeu aos requisitos legais para a concessão do regime especial e, portanto, não procede também o seu pedido neste aspecto.

Acompanho a Decisão da JJF, bem como, o opinativo da PGE/PROFIS e voto no sentido de que seja NEGADO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **279547.0802/06-7**, lavrado contra **VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. (VITÓRIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$203.237,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASDCO PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA GE/PROFIS