

A. I. Nº - 206844.0115/01-9
AUTUADO - LABORATÓRIO CANONNE LTDA.
AUTUANTE - JOÃO LAURENTINO M. FILHO e MARCO ANTONIO S. FORTES
ORIGEM - I F E P / METRO
INTERNET - 26/07/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0234-03/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Os demonstrativos elaborados pelos autuantes não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2001, refere-se a exigência de R\$144.098,72 de imposto, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatada a falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado alega em sua defesa às fls. 332 a 335, que desde o início de sua comercialização no Brasil, a composição das Pastilhas e Tabletes Valda constitui-se de Timol e Terpinol, princípios ativos que associados conferem ao produto a ação bactericida. Em março de 1994 a empresa comunicou à SEFAZ a suspensão da venda dos mencionados produtos na sua composição de medicamento e o início da comercialização sob a forma alimentar, levando a modificação de classificação fiscal, de 3003.409900 para 1704.900200, deixando por isso de haver a incidência do ICMS por substituição. Disse que em novembro de 1999, por decisão da empresa, foi suspensa a comercialização das pastilhas e tabletes Valda como produtos alimentares, sendo os mesmos relançados em sua fórmula farmacêutica original (Timol e Terpinol), passando novamente a incidir o ICMS por substituição. Informou que os demais produtos da marca Valda como Pastilhas Valda diet, Xarope Valda e Pastilhas Acti-Valda sempre permaneceram como medicamentos e atenderam às exigências da legislação. Os produtos Balas Valda e Tabletes Valda diet obtiveram registro junto ao Ministério da Saúde, pela Divisão de Alimentos, desde o início de suas respectivas fabricações e ainda permanecem nesta condição. Assim, o defendente argumentou que os produtos foram comercializados com Registro na Divisão de Alimentos do Ministério da Saúde e não estavam sujeitos à substituição tributária. Ressaltou que, com o objetivo de aproveitar produtos em estoque, houve notas fiscais em que os produtos alimentícios e farmacêuticos da mesma marca e apresentação foram comercializados paralelamente. Alegou também, que no demonstrativo elaborado pelos autuantes foram considerados produtos da linha alimentar e farmacêutica, deixando de ser abatido o que a empresa recolheu, contestando também a base de cálculo, sob o argumento de que foram considerados os valores dos produtos menos os descontos, quando o correto seria o preço de fábrica vezes a margem de lucro.

Os autuantes apresentaram informação fiscal (fls. 637/638), dizendo que na apuração dos valores do imposto exigido foi utilizada a metodologia de cálculo produto a produto, nota a nota, baseado nas informações em meios magnéticos disponibilizados pelo autuado. Disseram que a metodologia foi adotada em virtude de recebimento de informações acerca da classificação fiscal dos produtos, fl. 15 do PAF, e na referida informação não consta indicação quanto aos prazos de validade ou períodos em que foram adotados. Pedem que o PAF seja submetido à apreciação de membro da ASTEC para esclarecer tal situação, após contatos com os diversos Órgãos Públicos envolvidos.

Considerando as alegações defensivas e sugestão dos autuantes na informação fiscal, para que fosse efetuada revisão por preposto da ASTEC, e com o objetivo de esclarecer as questões levantadas pelo defendente, a 2ª JF, deliberou converter o presente processo em diligência (fl. 640), para ser apurado se efetivamente existiram as alterações quanto às Pastilhas e aos Tabletes Valda, de medicamentos para produtos alimentares, ou vice-versa, e se Balas Valda e Tabletes Valda diet obtiveram registro junto ao Ministério da Saúde, através da Divisão de Alimentos desde o início de suas respectivas fabricações e ainda permanecem nesta condição.

Foi solicitado para ser efetuado o cotejo da situação de cada produto com o levantamento fiscal excluindo aqueles não sujeitos à substituição tributária, e também, verificasse em relação à base de cálculo do imposto, se foi considerada corretamente, de acordo com os critérios estabelecidos na legislação.

Em caso de alteração do imposto exigido, que o PAF, fosse encaminhado à Infaz de origem para dar ciência ao autuante e dar vista ao autuado quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia do parecer e respectivos demonstrativos, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar, querendo, de acordo com o § 1º do art. 18 do RPAF/99.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 118/2002 (fls. 641/643) não foi realizada a diligência solicitada, tendo em vista que o estabelecimento autuado está localizado em outra unidade da Federação (Rio de Janeiro), sendo necessário deslocamento para outro Estado, inclusive para colher informações e documentos junto a órgãos públicos localizados naquele mesmo Estado.

O PAF foi encaminhado à IFEP (fl. 644) para que Auditor Fiscal da Supervisão de Substituição Tributária, vinculado às atividades de fiscalização em operações interestaduais, procedesse ao cumprimento da diligência solicitada à fl. 640 do PAF.

Consta às fls. 645 a 648, Termo de Diligência assinado pelo Auditor Fiscal José Augusto Martins Vicente, cadastro 206.985-3, no qual o diligente informa que foram adotados os seguintes procedimentos:

a) Análise dos relatórios e documentos anexos ao PAF:

O diligente constatou que os autuantes apuraram a base de cálculo do ICMS-ST a partir das informações apresentadas pelo contribuinte (fl. 15 do PAF). Diz que o “linking” do produto ao NCM foi realizado levando-se em consideração a mencionada informação do contribuinte, independente do NCM constante da nota fiscal. Utilizando os arquivos magnéticos entregues pelo contribuinte, os autuantes encontraram o ICMS-ST e compararam o valor do ICMS retido, apurando as diferenças, conforme anexos de fls. 33 a 83 do PAF.

b) Análise das notas fiscais requisitadas do CFAMT, acostadas aos autos:

Informou que os autuantes anexaram 236 notas fiscais ao Auto de Infração (fls. 95 a 330), tendo observado nos mencionados documentos fiscais que o NCM para um determinado produto nem sempre é o mesmo em todo período, e realizando comparação do NCM por produto, verificou que os autuantes consideraram para efeito de cálculo, o NCM de acordo com a informação recebida pelo contribuinte à fl. 15 do PAF.

c) Análise dos relatórios e documentos anexados ao PAF pelo autuado:

Disse que o contribuinte anexou à sua impugnação as cópias de registros, certificados de produtos, Diário Oficial da União (fls. 336 a 346 dos autos). O diligente salientou que não é de sua competência a análise quanto à procedência da mudança do produto, de medicamento (NCM 3003) para alimento (NCM 1704), mas constatou que existe documentação legal dos órgãos competentes atestando esta mudança. Informou que em algumas notas fiscais acostadas ao PAF pelo contribuinte, fls. 361 a 366; 368, 369, 372, 373, 375 a 378, 422 a 418, 468 a 477, 569 e 576,

“demonstra baseado no NCM que colocou nas notas fiscais que o cálculo do ICMS-ST e se ele é devido ou não, está correto”.

d) Verificação dos NCMs dos produtos nos documentos fiscais e análise em relação ao Convênio ICMS 76/94:

O diligente observou que em relação a alguns produtos, a fiscalização sempre considerou o NCM informado pelo contribuinte à fl. 15, sendo alterado durante o período, às vezes sendo considerado como alimento. Consequentemente, algumas vezes o contribuinte efetuou a retenção do ICMS-ST, na forma prevista no Convênio 76/94, quando o NCM era de medicamento (3003), ou não efetuou a retenção quando o contribuinte considerou o produto como alimento (NCM 1704). “Pela documentação fiscal e o NCM nela constante o cálculo do ICMS-ST e se ele é devido ou não, está correto”.

e) Comparativo dos produtos e seus respectivos NCM entre os exercícios de 1996 e 2000:

Informou que, de acordo com a alegação do contribuinte e NCM constante nas notas fiscais, alguns produtos mudaram de medicamento para alimento ou vice-versa: Tablete Valda pote 200, foi alimento (NCM 17041000) de 1996 a 1998. A partir de 1999 passou a ser medicamento (NCM 300334090); Tablete Valda Display 250, foi alimento (NCM 17041000) de 1996 a 1999). A partir de 2000 passou a ser medicamento (NCM 30034090); Past. Valda Lata 50 foi alimento (NCM 17041000) de 1996 a 1999. A partir de 2000 passou a ser medicamento (NCM 30034090).

O diligente apresentou a conclusão de que os autuantes basearam a fiscalização realizada no documento apresentado pelo contribuinte (fl. 15 dos autos), e o defendente não se embasou nesta informação, mas sim, nos NCMs constantes nas notas fiscais. Por fim, acostou ao PAF o capítulo 17 de NCMs constantes do Convênio 76/94.

Intimado a tomar conhecimento da diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, o defendente apresentou nova manifestação às fls. 659/660, aduzindo que ficou devidamente comprovado na diligência realizada que os autuantes chegaram ao cálculo do ICMS-ST baseando-se nas informações globais recebidas, inclusive com a inclusão indevida de produtos alimentares (NCM 1704.900200). Com base na prova produzida, o defendente requer a improcedência do presente Auto de Infração, por entender que inexistente insuficiência de recolhimento do ICMS-ST, no período de 1996 a 2000.

Os autuantes tomaram conhecimento da diligência fiscal, conforme documentos de fls. 671 e 672 dos autos, mas não apresentaram qualquer pronunciamento.

VOTO

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, constato que a autuação fiscal é decorrente da falta de retenção e recolhimento do imposto pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, referentes às vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado, de produtos com classificação fiscal posição 3003 e 3004 (medicamentos).

A legislação prevê que fica atribuída ao remetente da mercadoria objeto da autuação a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente sobre as operações subsequentes a serem realizadas neste Estado, sendo que a base de cálculo do imposto para efeito da substituição tributária é prevista no Convênio 76/94, cláusulas primeira e segunda.

Nas razões de defesa, o autuado informa que em março de 1994 comunicou à SEFAZ a suspensão da venda dos mencionados produtos na sua composição de medicamento e o início da comercialização sob a forma alimentar, ocorrendo modificação da classificação fiscal, de 3003.409900 para 1704.900200, deixando por isso de haver a incidência do ICMS por substituição. Disse que em novembro de 1999, por decisão da empresa, foi suspensa a comercialização das pastilhas e tabletes Valda como produtos alimentares, sendo os mesmos relançados em sua

fórmula farmacêutica original (Timol e Terpinol), passando novamente a incidir o ICMS por substituição. Informou que os demais produtos da marca Valda como Pastilhas Valda diet, Xarope Valda e Pastilhas Acti-Valda sempre permaneceram como medicamentos e atenderam às exigências da legislação. Os produtos Balas Valda e Tabletes Valda diet obtiveram registro junto ao Ministério da Saúde, pela Divisão de Alimentos desde o início de suas respectivas fabricações e ainda permanecem nesta condição.

De acordo com a diligência fiscal de fls. 645/648, foi informado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, que os autuantes apuraram a base de cálculo do ICMS-ST a partir das informações apresentadas pelo contribuinte (fl. 15 do PAF); anexaram 236 notas fiscais ao Auto de Infração (fls. 95 a 330), tendo observado nos mencionados documentos fiscais que o NCM para um determinado produto nem sempre é o mesmo em todo período, e comparando NCM por produto, constatou que algumas vezes, o contribuinte efetuou a retenção do ICMS-ST, na forma prevista no Convênio 76/94, quando o NCM era de medicamento (3003), ou não efetuou a retenção quando o contribuinte considerou o produto como alimento (NCM 1704). O diligente conclui: “Pela documentação fiscal e o NCM nela constante o cálculo do ICMS-ST e se ele é devido ou não, está correto”.

Na diligência fiscal, também foi constatado que alguns produtos mudaram de medicamento para alimento ou vice-versa: Tablete Valda pote 200, foi alimento (NCM 17041000) de 1996 a 1998. A partir de 1999 passou a ser medicamento (NCM 300334090); Tablete Valda Display 250, foi alimento (NCM 17041000) de 1996 a 1999). A partir de 2000 passou a ser medicamento (NCM 30034090); Past. Valda Lata 50 foi alimento (NCM 17041000) de 1996 a 1999. A partir de 2000 passou a ser medicamento (NCM 30034090).

Vale ressaltar, que o contribuinte acostou aos autos, cópias de registros, certificados de produtos e do Diário Oficial da União (fls. 336 a 346 dos autos), sendo informado pelo diligente que não é de sua competência a análise quanto à procedência da mudança do produto, de medicamento (NCM 3003) para alimento (NCM 1704), mas constatou que existe documentação legal dos órgãos competentes atestando esta mudança.

Pelo que consta nos autos, no período de 1994 a 1999, os produtos pastilhas e tablete valda foram comercializados pelo autuado como alimentos, não estando sujeitos ao regime da substituição tributária. Quanto aos demais meses do período fiscalizado e demais produtos objeto da autuação, o diligente informou que nas notas fiscais acostados ao PAF pelo contribuinte, fls. 361 a 366; 368, 369, 372, 373, 375 a 378, 422 a 418, 468 a 477, 569 e 576, “demonstra baseado no NCM que colocou nas notas fiscais que o cálculo do ICMS-ST e se ele é devido ou não, está correto”.

Analisando a documentação acostada aos autos em confronto com as informações prestadas na diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, constato que os autuantes deveriam considerar os códigos de NCM indicados nos documentos fiscais, tendo em vista a comprovação apresentada pelo autuado quanto às mudanças efetuadas nos produtos, de medicamentos para alimentos em determinado período, retornando para medicamentos em outro período, tendo sido comprovado através das fotocópias das notas fiscais apresentadas pelo autuado o cálculo por ele efetuado.

Assim, considerando as informações prestadas pelo diligente e os elementos constantes dos autos, concluo que não há segurança quanto ao valor do imposto exigido; não ficou suficientemente comprovada a irregularidade apontada, e a diligência fiscal não conseguiu apurar se efetivamente ficou caracterizada a falta de retenção do imposto.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

No caso em exame, os demonstrativos elaborados pelos autuantes não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. Poderá ser renovado procedimento fiscal, a salvo

de equívocos, para que seja apurado se, efetivamente, existe diferença de imposto a ser recolhida pelo autuado.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº206844.00115/01-9**, lavrado contra **LABORATÓRIO CANONNE LTDA.**, Deverá ser renovado o procedimento fiscal, a salvo de equívocos, para que seja apurado se, efetivamente, existe diferença de imposto a ser recolhida pelo autuado.

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, 23 de julho de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR