

A. I. N° - 281331.0307/08-6
AUTUADO - N J M COMERCIAL DE PRODUTOS DE CONSUMO LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28.07.09

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0245-04/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 pelas empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes. Rejeitada a preliminar suscitada. Negado o pedido de revisão fiscal. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/07/2008, exige ICMS no montante de R\$ 10.874,13, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, em função da falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA. Está registrado no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS do Auto de Infração que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária, conforme relação de notas fiscais geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos – Convênio ICMS 57/95 – e amostragem de cópias de notas fiscais anexadas.

O sujeito passivo impugna o lançamento às fls. 138 a 154, através de advogados regularmente constituídos (instrumento de mandato à fl. 155). Inicia narrando os fatos e aduzindo a tempestividade da defesa, dizendo-se uma sociedade empresária de pequeno porte, atuante no setor varejista de produtos farmacêuticos, compridora das suas obrigações tributárias. Afirma que o lançamento revela-se uma irregular incursão na sua esfera patrimonial, pois entende que, conforme o Convênio ICMS 76/94, o responsável pela retenção do tributo é o fabricante ou importador do medicamento. Alega que o autuante adotou como sistemática a indicação de todo o rol de bases de cálculo para fins de antecipação tributária, consoante o art. 61 do RICMS/BA, sem apontar qual seria aquela que acobertou a imputação, em suposto conflito com o art. 39, IV, “b” daquele regulamento. Pondera que o Fisco não considerou a existência da redução da base de cálculo da ordem de 10%, prevista no art. 61 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia. Acrescentando o leque do que entende por irregularidades, diz que não foi operada a redução da base de cálculo do imposto na razão de 18,53%, referente à contribuinte atacadista de produtos farmacêuticos. Salienta que faz jus a uma dedução da base de cálculo relativa aos valores de PIS / COFINS devidos nas operações de vendas de medicamentos, nos termos do art. 87, XIII, “a” do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Argumenta que a empresa PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A agiu com manifesto ardil, pois a aquisição se deu nos limites do território da Bahia. Requer ulterior juntada de comprovantes dos pedidos endereçados ao mencionado fornecedor.

Volta a argüir que devem ser observadas as normas do Convênio ICMS 76/94, desta vez transcrevendo Parecer Tributário número 11.829/2008 e acórdão da 3ª JJF, que seguiram idêntica linha de raciocínio, ou seja, de que o responsável pela retenção é o fabricante remetente. Ressalta a importância do deferimento da posterior juntada dos sobreditos documentos, e pondera que a PROFARMA desbordou dos ditames da boa fé objetiva, confabulando hipótese de operação interestadual, que não ocorreu. Tal fato, entende, ganha maior relevo a partir da análise de comunicado expedido pela Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, constante dos presentes autos, no sentido de informar que a autuação fiscal deveria ocorrer na Bahia, demonstrando que não houve circulação de mercadorias entre as duas unidades federadas.

Alega que o procedimento mais correto seria a autuação da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, uma vez comprovada a irregularidade de sua postura, configurando prejuízo injustificável à impugnante, já que não houve aquisição de medicamentos em Estado-membro diverso da Bahia. Transcreve trechos dos arts. 61 e 353 do RICMS/BA, por considerar que deveria ter sido aplicada a redução de base de cálculo ali prevista, pois concentra o seu volume de operações na comercialização de medicamentos (NBM 3003 e 3004). Também transcreve trechos do art. 39 do Regulamento do ICMS/BA, para aduzir que o autuante não demonstrou o critério utilizado para o alcance da base de tributação, o que deveria ter feito em consagração ao art. 142 do CTN. Assim, assevera que houve violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, encartados como garantias fundamentais previstas no rol do art. 5º da Constituição Federal. Diz que a redução de base de cálculo prevista no art. 3º-A do Decreto 7.799/00 não foi efetuada, confabulando aumento injustificado do suposto crédito tributário. Prosseguindo na demonstração das irregularidades do lançamento de ofício, mais uma vez alega que deveria ter ocorrido a dedução dos valores do PIS / COFINS, nos termos do art. 87, XIII, “a” do RICMS/BA, o que não ocorreu.

Conclui requerendo a total improcedência do Auto de Infração; revisão fiscal, em razão da inexistência da indicação dos critérios de alcance da base de cálculo e da não aplicação das reduções já mencionadas, bem como ulterior juntada de provas.

Na informação fiscal, de fls. 177 a 181, o autuante argumenta que os Estados de São Paulo e Minas Gerais não são signatários do Convênio ICMS 76/94, motivo pelo qual o Auto de Infração deve prosperar. No tocante ao método utilizado para a determinação da base de cálculo, aponta o demonstrativo de fls. 10 a 43, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo. Cita o que consta em cada coluna do referido documento. Informa que efetuou a redução de 10% da base de cálculo. Ressalva, ainda, que foi entregue ao autuado um relatório de natureza sintética, que demonstra os totais devidos por mês e ano e por nota fiscal, com a sua respectiva data de emissão. Entende que o contribuinte não tem direito à redução de 18,53%, pois tal benefício é restrito a distribuidores atacadistas que possuam Termo de Acordo, que não é o caso, mesmo porque o autuado é varejista. Afirma que as alegações referentes ao PIS / COFINS não procedem, já que a base de cálculo foi obtida utilizando a menor MVA constante da lista negativa da Cláusula Segunda, parágrafo 1º, I, do Convênio ICMS 76/94, nos termos do art. 87 do RICMS/BA. Pondera que o expurgo da cobrança monofásica destas contribuições se dá na aplicação da MVA, ou seja, o percentual da margem de valor agregado é o menor, em função da cobrança integral do PIS, PASEP e da COFINS. Nos demais produtos o cálculo foi realizado utilizando-se o PMC, não sendo pertinentes as razões de defesa relativas ao PIS / COFINS. Assevera que, de acordo com as notas fiscais juntadas às fls. 44 a 135, os produtos foram adquiridos junto às unidades de MG e SP da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A. Ressalva que as cópias das notas fiscais foram requeridas e entregues diretamente pelas unidades de Minas Gerais e São Paulo da PROFARMA, juntamente com os arquivos magnéticos, o que suporta de forma contundente o Auto de Infração.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Não merecem amparo os argumentos trazidos pelo autuado de que houve violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Portanto, ficam preliminarmente rejeitadas as nulidades arguidas direta ou indiretamente, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. O PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e documentos acostados ao PAF, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico.

Consoante o disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único (medicamentos), fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Conforme Despacho COTEPE nº 05 de 01/03/2001, o mencionado Convênio passou a não se aplicar ao Estado de Minas Gerais. Por sua vez, o Convênio 100/03 firmou a adesão de Minas Gerais ao Convênio 76/94, a partir de 01/01/04. Todavia, o Convênio 143, de 12/01/2003, adiou a inclusão para 01/08/04 e em seguida o Convênio 68, de 13/08/04, para 30/09/04. Finalmente, o Convênio 83/04 adiou a inclusão de MG para 01/01/2005. Através do Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01/01/2005, o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94, ficando, portanto as empresas localizadas naquele Estado eximidas do cumprimento das regras contidas no Convênio.

Idêntico raciocínio é aplicável nas aquisições de medicamentos originários do Estado de São Paulo, pois o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01/11/1997, dispôs sobre a não aplicação a esta unidade federada das normas contidas no Convênio ICMS 76/94.

Desta forma, não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 às empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355 e nos prazos previstos no art. 125 do RICMS/BA.

Assim, tem fundamento jurídico a exigência tributária em tela, pois trata de aquisições de medicamentos originários dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, conforme cópias de notas fiscais às fls. 44 a 135, nas quais o destinatário tinha por obrigação efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nos moldes dos supracitados artigos do RICMS/BA.

No tocante à alegação defensiva de que a PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A deve ser responsabilizada pelo pagamento do ICMS por antecipação parcial, em virtude de suposto ardil e / ou irregularidade de postura, observo que na situação presente todas as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas pelas unidades da PROFARMA localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que, conforme foi dito anteriormente, denunciaram o Convenio ICMS 76/94. Por conseguinte, as empresas localizadas em tais unidades federadas estão desobrigadas de proceder à retenção e ao recolhimento do imposto, cabendo tão somente ao destinatário fazê-lo, na condição de contribuinte substituto, conforme previsto na legislação estadual da Bahia. Igualmente, considerações de natureza subjetiva, a exemplo de ardil e / ou irregularidade de postura, não cabem na aplicação das normas impositivas de obrigações tributárias.

O autuado, apesar de ter pedido ulterior juntada de provas, não trouxe ao processo administrativo fiscal qualquer comprovante de que adquiriu os medicamentos na Bahia. O art. 123 do RPAF/99 confere ao contribuinte o direito de impugnar o lançamento mediante peça de defesa, por escrito e acompanhada de provas, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às alegações. O seu parágrafo 5º estabelece que a prova documental deverá ser apresentada na impugnação, sob pena de preclusão do direito de fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de apresentação por motivo de força maior, se refira a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos; enquanto o parágrafo 6º estabelece que a juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições anteriormente citadas.

Não ocorreu, quanto à alegada aquisição interna, a juntada de provas prevista no § 5º do art. 125 do RPAF/99. Já a requisição de ulterior apresentação de documentos foi inócuia, pois os mesmos não se fizeram presentes nos autos até o julgamento da lide. Outrossim, não restou comprovada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no parágrafo 6º do art. 123 do RPAF/99.

O art. 3º-A do Decreto 7.799/00, que o sujeito passivo transcreveu à fl. 151, condiciona a concessão da redução de base de cálculo em 18,53% a que as aquisições sejam efetivadas por distribuidoras, o que não é o caso do autuado. À fl. 139 do processo, na impugnação, o mesmo afirma que é “empresa de pequeno porte atuante do setor varejista de produtos farmacêuticos”. À fl. 159, na ALTERAÇÃO CONTRATUAL NÚMERO 02 - COM CONSOLIDAÇÃO, está consignado que o “objetivo da sociedade será o comércio varejista de produtos farmacêuticos, de perfumaria e de cosméticos em geral”.

Conforme disposto no art. 61, § 5º, inciso I do RICMS/BA, para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento, nas operações com os produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados na alínea "p" do inciso II do art. 353, foi recepcionado o Convênio ICMS 76/94 em relação àquilo que este for aplicável. Por sua vez, a Cláusula Segunda do mencionado Convênio determina que a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial – PMC (ABCFARMA). Na falta deste, toma-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente incluído o valor IPI, frete e demais despesas e sobre este montante o percentual da margem de valor agregado – MVA.

Pelo exposto, está correta a aplicação da PMC na apuração da base de cálculo do ICMS devido por antecipação em relação aos produtos constantes da tabela publicada pela ABCFARMA, inclusive contemplando a redução de 10% prevista na legislação, conforme demonstrativo de fls. 10 a 43.

Na falta de PMC, o autuante tomou como base o preço praticado pelo remetente, mais IPI, frete e demais despesas e sobre este montante, aplicou o porcentual de MVA prevista na lista negativa (49,08%). Verifico que este percentual resta previsto na Tabela constante da Cláusula segunda, parágrafo 1º, item 1 do Convênio ICMS 76/94. Portanto, também está correta a aplicação da MVA para apurar a base de cálculo dos produtos não constantes da Tabela ABCFARMA.

Concluo que a metodologia utilizada pelo autuante na apuração da base de cálculo está correta, levando em consideração primeiro o PMC dos produtos relacionados na lista ABCFARMA e, na falta deste, o preço praticado pelo remetente, acrescido do IPI, frete e demais despesas, sobre este montante aplicada a MVA.

De fato, assiste razão ao autuante ao aduzir que o expurgo da cobrança monofásica do PIS / COFINS se dá na aplicação da MVA de 49,08%, a menor constante da lista negativa da Cláusula Segunda, parágrafo 1º, I, do Convênio ICMS 76/94.

Em face dos elementos de fato e de direito que fazem parte deste PAF, concluo que foi correta a autuação. Infração caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração número **281331.0307/08-6**, lavrado contra **N J M COMERCIAL DE PRODUTOS DE CONSUMO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 10.874,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n.^º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR