

A. I. N° - 080556.0003/08-2
AUTUADO - RANBAXY FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTE - VANILDA SOUZA LOPES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 21.10.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0296-05/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. **a)** RETENÇÃO A MENOS. Infração parcialmente comprovada. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Consoante Convênio ICMS 76/94, fica atribuído ao industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes. Retificados os valores originariamente exigidos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/08/2008, exige ICMS, no valor de R\$136.933,06, em razão das seguintes irregularidades:

1. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$ 13.616,59 e multa de 60%.
2. Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$ 123.316,47 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 43 e 44, com base nos seguintes argumentos:

Quanto a infração 01, afirma que não há qualquer divergência no referido pagamento do ICMS retido por substituição quando considerado o preço legal da época e a forma de cálculo prevista no Convênio 76/94. Aduz que alguns valores descritos no controle apresentado pelo autuante diferem dos valores constantes das notas fiscais.

Alega que os seus “preços de fábrica” e “preços máximos ao consumidor” são publicados, em razão de lei, em revistas especializadas, como também são regulados pela Anvisa e CMED e, portanto, de conhecimento público.

Quanto à infração 02 aduz que no que tange as operações subsequentes de vendas sem os referidos pagamentos do ICMS ST, deixou de recolher os referidos tributos, embasado em pareceres disponibilizados pelo Estado da Bahia, para os contribuintes Distribuidora Panarello, Ita Representações, Onildo Silva & Cia Ltda, Medisil Com, Farm e Hosp., Com Rep. Capixaba, conforme processos que indica.

Afirma que não agiu de forma fraudulenta, com dolo ou má-fé ou com o objetivo de burlar o fisco e eximir-se do pagamento do ICMS ST e que as razões lançadas na defesa demonstram a existência da obrigatoriedade de recolhimento do ICMS ST.

Pede que sejam requeridos os documentos julgados necessários à CMED - Câmara de Medicamentos – a fim de comprovar os preços praticados pela Ranbaxy Farmacêutica Ltda nos anos de 2003 a 2005, bem como o levantamento dos termos de acordos disponibilizados pelo Estado da Bahia (Getri/Gecot), a fim de comprovar a não necessidade do pagamento do ICMS.

Dessa forma, requer seja acolhida a preliminar de nulidade da decisão em 1ª instância do mérito do auto de infração em comento.

O autuante presta informação fiscal, fls. 446 a 451, nos seguintes termos:

Com relação a infração 01 reconhece que houve erro na recepção pelo seu sistema de processamento, de valores das listas de preços oficiais que foram utilizadas, conforme legislação. Anexa planilhas corrigindo as diferenças encontradas.

Com relação a infração 02, afirma que foram corrigidos os valores e que não procede a alegação de que a empresa não efetuou a retenção do ICMS, em função dos destinatários possuírem Termo de Acordo concedido pela SEFAZ. Entende que um simples Termo de Acordo firmado entre a SEFAZ/Bahia e um contribuinte baiano não poderia obrigar/desobrigar um contribuinte localizado em outro estado, cujas responsabilidades estão normatizadas em Convênios Nacionais, conforme Convênio ICMS 76/94.

Ademais verificou que os Termos de Acordo concedidos às empresas listadas pela autuada eram todos eles, sem exceção, referentes à concessão de prazos especiais de pagamento do ICMS, devido exclusivamente pelas empresas signatárias dos Termos de Acordo.

Diante do exposto, solicita a procedência do auto de infração, com os valores corrigidos conforme planilhas apresentadas.

O autuado se manifesta novamente, fls. 481 a 485, tecendo os seguintes comentários:

Concorda com os valores apurados constantes dos anexos II e III e informa que estará efetuando o recolhimento dos mesmos.

Com relação a infração 02 assevera que o autuado não poderia beneficiar-se do Termo de Acordo firmado entre a Secretaria de Fazenda da Bahia e seus destinatários, uma vez que o Estado do Rio de Janeiro era signatário do Convênio ICMS 76/94.

Reconhece sua condição de substituta tributária definida por dispositivo legal e que não poderia ter se beneficiado dos Termos de Acordo firmado entre seus clientes e a SEFAZ da Bahia, entretanto, ressalta que o erário público não foi prejudicado, uma vez que seus destinatários ao observarem que não houve o recolhimento do imposto, efetuaram o recolhimento do ICMS-ST no momento da entrada das mercadorias no Estado da Bahia.

Aduz que o Convênio ICMS 76/94, na sua cláusula 1ª, § 3º estabelece que o estabelecimento varejista que receber os produtos indicados na cláusula 1ª, sem retenção, fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre sua própria operação no prazo estabelecido pela legislação estadual. Entende que a obrigação do recolhimento do ICMS / ST foi transferida aos destinatários, localizados no Estado da Bahia, que efetuaram o recolhimento do imposto.

Requer a parcial procedência do auto de infração, referente ao não recolhimento do ICMS – ST nas operações analisadas na manifestação.

Solicita que o Estado da Bahia faça diligências aos destinatários para comprovar o recolhimento do ICMS / ST efetuado por eles.

O autuante presta nova informação fiscal, fls. 522 a 525, onde informa que faz-se desnecessário seus comentários quanto à infração 01, tendo em vista que o autuado acata os valores referentes às planilhas anexadas à informação fiscal.

Com relação à infração 02, afirma que não procede o argumento utilizado pelo autuante de que a obrigação do ICMS / ST foi transferida aos destinatários localizados no Estado da Bahia, conforme parágrafo 3º da Cláusula primeira do Convênio 76/94.

Afirma que além de não eximir a empresa da responsabilidade de substituta tributária definida pela legislação, o que a própria empresa reconhece, o dispositivo que a empresa cita foi

acrescentado ao citado Convênio 76/94, pelo Convênio ICMS 04/95, com efeitos a partir de 01/05/2005. Que os valores autuados referem-se aos exercícios de 2003 e 2004.

Confirma a totalidade da informação fiscal, fls. 446 a 476 e solicita o julgamento procedente do auto de infração em lide, observando os valores corrigidos.

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à falta de retenção e a retenção a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo que a empresa remetente encontra-se no Estado do Rio de Janeiro.

De acordo com a cláusula 15, II do Convênio ICMS 81/93 que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição a não adoção do regime de substituição previsto em Convênio, por unidade da Federação signatária, deve ser precedido de comunicação a COTEPE/CONFAZ e publicação no Diário Oficial da União.

Portanto, as normas do Convênio ICMS 76/94 regem as operações em comento, relativas aos exercícios de 2003 e de 2004, até o momento em que o Estado do Rio de Janeiro denunciou o Convênio, onde segundo o Despacho nº 08/04 de 04.10.04, não mais se aplicará àquele Estado, as normas contidas no convênio, a partir de 01.11.04.

Assim, o Convênio 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, cuja NBM/SH esteja relacionada no Anexo Unico, estava vigente para as operações com o Estado do Rio de Janeiro, até 01.11.04, ficando atribuído ao industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Dispõe o § 3º do convênio que “o estabelecimento varejista que receber os produtos indicados na cláusula primeira, por qualquer motivo, sem a retenção prevista no caput, fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre sua própria operação no prazo estabelecido pela legislação estadual”. Este § 3º foi acrescido pelo Conv. ICMS 04/95, efeitos a partir de 01.05.95.

Assim, na análise da infração 01, está sendo exigido ICMS retido a menor, mas o sujeito passivo argumentou que ocorreu equívoco na base de cálculo elaborada pelo auditor fiscal, pois os seus “preços de fábrica” e “preços máximos ao consumidor”, são publicados, em razão de lei, em revistas especializadas, como também são regulados pela Anvisa e CMED e, portanto, de conhecimento público.

O autuante ao prestar a informação fiscal, reconhece que houve erro na recepção pelo seu sistema de processamento, de valores das listas de preços oficiais que foram utilizadas conforme legislação. Anexa planilhas corrigindo as diferenças encontradas, que foram entregues ao autuado, que por último concordou com as modificações efetuadas, e contantes dos anexos II e III, fls. 453 e 455, ao tempo em que informa que efetuará o recolhimento do valor retificado.

Concordo com a retificação efetuada pelo autuante e deste modo, a infração passa a ser em conformidade com os valores dos Anexos II (exercício de 2003) (fl. 453) e Anexo III (exercício de 2004) (fl. 455).

O demonstrativo de débito assume a seguinte feição:

Data Ocorr	Data Venc	Base de cálculo	Aliquota	ICMS
30/04/2003	09/05/2003	1.781,47	17%	302,85
31/05/2003	09/06/2003	1.836,35	17%	312,18
31/01/2004	09/02/2004	50.221,76	17%	8.537,70
31/08/2004	09/09/2004	19.307,70	17%	3.282,31
Total				12.435,04

Infração parcialmente procedente.

Na infração 02 está sendo exigido ICMS não retido pelo substituto tributário, e o consequente recolhimento, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Na defesa apresentada, o impugnante não questionou a base de cálculo e o valor do débito apurado, limitando-se apenas a argumentar de que a obrigação do ICMS ST foi transferida aos destinatários localizados no Estado da Bahia, conforme parágrafo 3º da Cláusula primeira do Convênio 76/94.

De fato, dispõe o § 3º “O estabelecimento varejista que receber os produtos indicados na cláusula primeira, por qualquer motivo, sem a retenção prevista no caput, fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre sua própria operação no prazo estabelecido pela legislação estadual.”

Este § 3º foi acrescido pelo Conv. ICMS 04/95, efeitos a partir de 01.05.95, contudo este dispositivo legal não se aplica ao caso em concreto, haja vista que o Estado do Rio de Janeiro, à época do fato gerador era signatário do Convênio ICMS 76/94, de forma que o remetente industrial era o sujeito passivo tributário. A norma em questão tem aplicação nos casos em que o Estado remetente das mercadorias não seja signatário do Acordo Interestadual, o que não é o caso da presente lide.

Pelas razões já colocadas, em relação à obrigação tributária do remetente, indefere-se o pedido de diligência, pois não foi trazida nenhuma prova do pagamento pelos adquirentes, relativamente às operações objeto da infração.

Quanto aos Termo de Acordo, firmado com a SEFAZ, anexados pela defesa, referem-se à fixação de prazos de pagamento, nos casos de antecipação tributária, ou seja, quando não é cabível a substituição tributária pelos remetentes, o que não é o caso.

Outrossim, o autuado não trouxe qualquer comprovação de que os valores exigidos nesta infração já teriam sido pagos, inclusive pelos destinatários, posto que uma planilha interna da empresa não se constitui em prova de pagamento do ICMS.

Por outro lado, o autuante elaborou novas planilhas, na informação fiscal, apontando novos valores, dos quais o autuado não apresentou contestação, conforme fls. 457 e 463 do PAF.

Analisando as novas planilhas, já citadas, verifico que em alguns meses, os valores de diferença ICMS/ST estão a maior do que os originariamente exigidos, mas a reformatio in pejus não é permitida, o que limita a cobrança nos estritos limites apontados em cada data de ocorrência do fato gerador. Contudo, o contribuinte, pode exercer a denúncia espontânea, recolhendo espontaneamente a diferença apontada, posto que em nova ação fiscal, as diferenças deverão ser buscadas pela fiscalização.

Assim, o demonstrativo de débito, com base nas planilhas de fls. 457 e 463, adequando-se ao demonstrativo de débito originário fica assim configurado:

Data Ocorr	Data Venc	Base de cálculo	Alíquota	ICMS
30/06/2003	09/07/2003	11.599,23	17%	1.971,87
30/07/2003	09/08/2003	29.356,76	17%	4.990,65
31/08/2003	09/09/2003	21.107,82	17%	3.588,33
30/09/2003	09/10/2003	68.534,82	17%	11.650,92
30/11/2003	09/12/2003	76.726,29	17%	13.043,47
31/01/2004	09/02/2004	47.829,23	17%	8.130,97
28/02/2004	09/03/2004	23.542,17	17%	4.002,17
31/03/2004	09/04/2004	78.132,11	17%	13.282,46
30/04/2004	09/05/2004	47.138,00	17%	8.013,46
31/05/2004	09/06/2004	44.031,17	17%	7.485,30
30/06/2004	09/07/2004	35.011,88	17%	5.952,02

31/07/2004	09/08/2004	73.806,94	17%	12.547,18
31/08/2004	09/09/2004	55.062,05	17%	9.360,55
30/09/2004	09/10/2004	87.777,00	17%	14.922,09
31/10/2004	09/11/2004	18.200,47	17%	3.094,08
Total				122.035,52

Infração parcialmente procedente.

Ressalto que o sujeito passivo ao pedir a nulidade do lançamento, refere-se à improcedência do Auto de Infração.

Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **080556.0003/08-2**, lavrado contra **RANBAXY FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 134.470,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de Outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR