

PROCESSO - A. I. Nº 276890.0005/09-7
RECORRENTE - VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0097-02/10
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 23/12/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0443-12/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO(MEDICAMENTOS) PROCEDENTES DE ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO) PARA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto, adotando os preços máximos de venda a consumidor sugeridos ao público pelo estabelecimento industrial como base de cálculo. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que, através do Acórdão JJF 0097-02/10 julgou Procedente o Auto de Infração lavrado contra a empresa Vitofarma Comércio e Representação Ltda., o qual imputava ao sujeito passivo a cobrança de ICMS no valor de R\$2.979.588,15, além da multa percentual de 60%, pelo cometimento da seguinte infração:

Retenção a menos de ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, uma vez que calculou e recolheu a menor a substituição tributária de medicamentos, por não possuir Termo de Acordo que lhe daria o benefício da redução de base de cálculo prevista no Decreto nº. 7.799/00, só tendo firmado tal Termo em 26 de junho de 2007, sendo tal infração verificada no exercício de 2006 e 2007, no valor total de R\$2.979.588,15, além da multa de 60%.

O autuado, inconformado com a autuação, interpôs defesa administrativa (fl. 520 a 527) na qual insurge-se contra o lançamento, sob o argumento de que não foram observados os descontos comerciais ou incondicionais concedidos pelas indústrias e repassados, obrigatoriamente para distribuidoras, farmácias e consumidores finais, transcrevendo a definição doutrinária de desconto, entendendo que a base de cálculo aplicável às operações que realiza é a prevista no artigo 61, inciso II, do RICMS/BA.

Argumenta, igualmente, que a aplicação da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 viola o disposto no artigo 148 do Código Tributário Nacional (CTN), valendo-se de transcrição de jurisprudência do STJ.

Por tais motivos, entende que o fato dos preços constantes nas notas fiscais não serem idênticos àqueles sugeridos pela publicação da ABCFARMA, não quer dizer que a base de cálculo esteja incorreta, razão pela qual pede a improcedência do lançamento.

O autuante, em informação fiscal de fls. 528 a 529, posiciona-se pela manutenção do Auto de Infração tal como lavrado, sob a argumentação de que inexistem os alegados descontos aduzidos pelo autuado nos documentos fiscais constantes do Auto de Infração, sendo aquilo que esta denomina “desconto” nada mais do que o cálculo da substituição t ICMS 76/94 em sua cláusula segunda, ou seja, a substituição tributári negativa, positiva e neutra.

Argumenta, ainda, que o código da nomenclatura Brasileira de Mercadorias-Sistema Harmonizado (NBM/SH) nº. 3004 (medicamentos), não faz parte destas listas, o que levou à conclusão de que o cálculo da substituição tributária estava errado, sendo que as notas fiscais listadas no Auto de Infração constam o código 3004 e o Preço Máximo ao consumidor (PMC) individualizado, o que tornaria possível o cálculo correto da substituição tributária de acordo com o Decreto nº. 7.799/00.

Informa que, tendo o sujeito passivo celebrado Termo de Acordo em 26 de junho de 2007, conforme fl. 21 concedeu as reduções previstas no artigo 3-A do referido Decreto nº. 7.799/00, nos demonstrativos por ele elaborados, e constantes às fls. 17 e 18, razão suficiente para a manutenção do Auto de Infração.

Distribuído para a 2^a Junta de Julgamento Fiscal, o Auto de Infração foi julgado procedente, de acordo com o Acórdão JJF 0097-02/10 (fls. 533 a 537), sob a seguinte argumentação:

"O contribuinte suscitou preliminar de nulidade sob a alegação de que o lançamento tributário deve ser revisto pela administração pública, para valer os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Porém não indicou especificamente de que forma tais princípios não foram observados nos autos. Portanto, não acolho o pedido de nulidade arguido. Ademais, o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA. O Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, tanto assim que o contribuinte se defendeu da acusação fiscal, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, não requerendo diligência ou perícia revisora."

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário decorrente de retenção e do consequente recolhimento do ICMS, a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes, nas vendas de medicamentos, realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Examinando as notas fiscais verifico que os mencionados medicamentos procederam do Estado de São Paulo e do Distrito Federal, não signatários do Convênio 76/94, e o contribuinte ao antecipar e recolher o imposto, o fez a menos, por considerar os valores unitários e não o preço máximo de venda a consumidor constante das notas fiscais do fornecedor e da tabela da ABCFARMA e da lista PMC da ANVISA e ainda calculou e recolheu o imposto com redução da base de cálculo no percentual de 18,53 % fazendo uso do benefício de redução previsto no art. 3º-A do Decreto 7.799 de 09/05/2000 até 25/10/2007, quando não se encontrava credenciado para utilizar tal benefício.

Deu a entender o contribuinte que aplicou ao caso o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, citando o art. 61, II do RICMS/97 do Estado da Bahia.

Ressalto que o sujeito passivo é distribuidor de medicamentos para uso humano, situado neste Estado. Neste caso, o art.61, inciso I e §2º, inciso I, do RICMS/BA, bem como a Cláusula Segunda, § 4º e a Terceira do Convênio 76/94, com suas alterações posteriores, prevêem que a base de cálculo do ICMS para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadorias no estabelecimento do contribuinte, para efeitos de substituição ou antecipação tributária, considerando à redução da base de cálculo em 10%, desde que não resulte em carga de ICMS inferior a 7%, 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. Portanto, neste caso específico, as regras para apuração da base de cálculo estão contidas no regulamento e no convênio, consoante demonstrado.

Portanto, com base na tabela da ABCFARMA, fornecida pela SEFAZ/SAT/DPF/GERSU; lista de preço máximo consumidor da agência nacional de vigilância sanitária-ANVISA (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED); suplemento lista de preços (parte integrante da revista guia da farmácia) bem como nos preços máximos ao consumidor, individualizado por medicamento, constantes das notas fiscais de entradas, observo que o autuante elaborou "demonstrativo de cálculo da substituição tributária de medicamentos," e apurou o ICMS objeto da autuação, fls. 06 a 18. Verifica-se que os cálculos do demonstrativo não foram questionados especificamente, o contribuinte apenas não admitiu a aplicação da tabela da ABCFARMA e o PMC, da lista de preço máximo consumidor da agência nacional de vigilância sanitária-ANVISA, que tais preços se caracterizam pauta fiscal praticada pelo próprio fabricante, que os valores a serem considerados são os correspondentes aos da operação principal.

fornecedor, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes na apuração do imposto.

Verifica-se que nos cálculos realizados o autuante aplicou a redução de base de cálculo de 10% e, utilizando a alíquota interna de 17%, encontrou o imposto substituição tributária, sendo que do montante apurado, deduziu os valores do ICMS destacados nos mencionados documentos fiscais, e os montantes recolhidos pelo sujeito passivo antes da ação fiscal, encontrando então o crédito tributário correspondente, atinente aos meses de janeiro e abril a novembro de 2006 e de 1º de janeiro a 25 de outubro de 2007.

Conforme foi visto pelo autuante, no dia 26 de outubro do referido ano, o contribuinte firmou Termo de Acordo (Atacadista) junto à SEFAZ, para adoção de redução da base de cálculo do ICMS, nos termos do Decreto nº 7.799/00, sendo que no período de 26 de outubro a 30 de novembro de 2007, doc. às fl.21 e 22, observa-se que na realização dos cálculos do imposto apurado no período mencionado, foi utilizado o mesmo procedimento adotado acima para a apuração do ICMS substituição tributária, sendo que no mencionado período, a base de cálculo do imposto foi reduzida considerando o percentual de 10% do Convênio 76/94 e em razão da opção do sujeito passivo em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no art. 3º-A do Decreto 7.799 de 09/05/2000 e com base no seu Parágrafo Único foi calculado o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 21% (vinte e um por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, quando existentes, de forma que o valor apurado não resultou percentual inferior a 3,9% (três inteiros e nove décimos por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

A defesa discorreu sobre descontos incondicionais ou comerciais, disse que os mesmos não foram considerados pelo autuante, entretanto não demonstrou nos autos a existência de tais descontos, nas notas fiscais não constam os descontos comerciais alegados.

Destarte, restou comprovado que o contribuinte não recolheu integralmente o ICMS no valor exigido acima, resultante das operações de aquisições de medicamentos para uso humano, enquadrados no regime de substituição tributária. Saliento que, nesses casos, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto, adotando os preços máximos de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial como base de cálculo. Como não o fez, está correta a exigência feita pelo autuante, que adotando os procedimentos especificados acima, apurou e lançou o ICMS recolhido a menos no valor de R\$2.979.588,15, fundamentado nos demonstrativos às fls.06 à 18 e nas notas fiscais de aquisição dos medicamentos às fls. 23 à 422 do PAF. Ficando assim subsistente a infração.

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

Cientificado da Decisão, e não concordando com a mesma, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário (fls. 550 a 553), onde, basicamente, repisa a argumentação já posta por ocasião da apresentação da defesa administrativa.

Cita a súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual considera ilegal a cobrança de imposto com base em pauta fiscal, como ocorrido no Auto de Infração, afirmando que a sua utilização só se admite nos casos previstos no artigo 148 do CTN.

Afirma que inexiste razão para que a apuração do ICMS seja realizada através do valor sugerido pelas revistas publicitárias, e sim, que deve ser feito com base no valor constante das notas fiscais, com base no artigo 61, inciso II, do RICMS/BA, o qual transcreve.

Afirma que deve ser também observado que, em função de questões mercadológicas, e de marketing dos fabricantes de medicamentos, os próprios industriais nem sempre cumprem os valores sugeridos na revista da ACBFARMA, afirmando estar acostando documentos que comprovam a diferença entre o preço de fábrica sugerido pela revista e aquele efetivamente praticado pelo fabricante na venda do medicamento para o distribuidor, bem como o preço que o distribuidor vende para a farmácia, o que provaria que na cadeia comercial e naquele momento houve o desconto comercial, oportunidade na qual reitera que nada impede que ele (recorrente), apresente provas dos descontos comerciais vez que a autoridade administrativa tem por dever buscar a verdade material.

Por fim, pede pelo julgamento do Auto de Infração como improcedente.

Parecer opinativo da Procuradoria Geral do Estado, através da Proc de fls. 558 a 561, após breve síntese dos fatos, afirma que o Auto de

do artigo 61, inciso I, § 2º, item I do RICMS/BA, o qual transcreve, bem como o artigo 8º, §§ 2º e 3º da Lei Complementar nº. 87/96, e artigo 17 da Lei nº. 7.014/96.

À vista de tais diplomas legais, entende que a base de cálculo utilizada pelo autuante se apresenta correta, pelo fato, inclusive, do sujeito passivo não ter firmado Termo de Acordo em época abarcada pela autuação, motivo pela qual, nos termos do artigo 119, § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), entende que o Recurso Voluntário não deve ser provido.

VOTO

O Recurso voluntário interposto contradita a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente o Auto de Infração.

Inicialmente, verifico que em nenhum momento o sujeito passivo negou a sua condição de contribuinte substituto, nas aquisições de medicamentos para uso humano, estando esta sua condição devidamente comprovada.

Diversamente do alegado pelo recorrente, a cobrança em tela não se embasa em pauta fiscal, como erroneamente afirma, e sim, em preço do produto, razão pela qual, em relação à matéria ora em discussão e apreciação, a Decisão do STJ citada e que resultou na súmula 431 daquele órgão judicante não tem qualquer aplicabilidade ao caso.

O recorrente confunde preço máximo de venda com pauta fiscal, que são institutos diversos. O preço máximo de venda ao consumidor é aquele constante das publicações como a ABCFARMA, onde se encontram descritos os medicamentos, em suas diversas apresentações, e a sugestão de preço para venda, ao passo que a pauta fiscal é aquele valor aplicado como base de cálculo para a cobrança do tributo, na hipótese de não haver determinação do preço real, geralmente em primeira operação, sendo fixado através de órgão da administração tributária.

Assim, percebe-se que são institutos totalmente diferentes, razão pela qual, repita-se não cabem as argumentações utilizadas pelo recorrente, pelo simples fato e que a cobrança foi realizada através dos valores constantes das notas fiscais apresentadas pelo próprio sujeito passivo.

Nesta mesma linha de raciocínio, não se há de falar em violação do artigo 148 do Código Tributário Nacional.

Quanto à assertiva de que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária não deve ser o preço contido na publicação da ABCFARMA ou similar, e sim aquele contido no artigo 61, inciso II do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, observo que tal dispositivo reporta-se ao inciso I, ao dispor que na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, de acordo com o percentual previsto, ou seja, ele somente pode ser aplicado na ausência do elemento que consta no mencionado inciso I, que seria o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente;

Dessa forma, conforme constatado pelo autuante, bem como pelo julgador de primeiro grau, tais preços constam dos documentos fiscais disponibilizados pelo sujeito passivo para a fiscalização, não havendo motivo lógico, pois, para a aplicação do inciso II do citado artigo 61.

De igual maneira, descabe falar-se na concessão de descontos comerciais por parte dos fornecedores do recorrente, uma vez que os mesmos não estão comprovados, nem constam dos documentos fiscais examinados, na busca da verdade material.

Registre-se que em momento algum, o sujeito passivo refutou a ar possuía termo de acordo de atacadista celebrado junto à Secretaria

a se materializar em 26 de outubro de 2007, inclusive tal fato não passou despercebido ao autuante, que registrou tal fato no Auto de Infração, com o intuito de beneficiar-se de redução de base de cálculo para recolhimento do imposto, nos termos previstos no Decreto 7.799 de 09 de maio de 2000, artigo 3º-A, e seu Parágrafo Único.

Diante da sua robustez, adoto em sua totalidade o voto proferido pelo julgador de primeira instância.

Dessa forma, diante dos argumentos expostos e contraditos às alegações do sujeito passivo, a Decisão atacada pelo Recurso Voluntário não merece qualquer reparo, devendo ser mantida em sua inteireza.

Por tais motivos, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo em sua totalidade a Decisão exarada no primeiro grau.

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 276890.0005/09-7, lavrado contra **VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.979.588,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ -REPR. DA PGE/PROFIS