

A. I. Nº - 281066.0002/08-5
AUTUADO - JOHNSON & JOHNSON COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 04/03/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0021-03/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. FALTA DE DEDUÇÃO, NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS PRÓPRIO, DAS PARCELAS DO PIS E DA COFINS MONOFÁSICOS, GERANDO CRÉDITO A MAIS E POR CONSEQUENTE RETENÇÃO DO IMPOSTO A MENOS. CONVÊNIO ICMS 24/01. Na situação em exame, a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária é o montante formado pelo preço praticado pelo fornecedor, incluídos IPI, frete e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, mais a margem de valor adicionado (MVA). Na expressão “demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário” estão compreendidas as despesas tributárias, tais como PIS e COFINS, mas somente quando tais despesas, na operação, estiverem sendo “cobradas ou debitadas ao destinatário”. O art. 1º da Lei federal nº 10.147/00 fixa as alíquotas do PIS e da COFINS relativamente à receita bruta decorrente das vendas de determinados produtos efetuadas por industriais e importadores, e o art. 2º estabelece que são reduzidas a zero as alíquotas daquelas contribuições nas vendas efetuadas pelas “pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador”. Isto significa que a cobrança daquelas contribuições é feita de uma só vez (cobrança monofásica), pelos industriais ou importadores. A pessoa jurídica que figura no pólo passivo da relação jurídica em análise nestes autos é uma empresa comercial, não fabricando nem importando os produtos objeto do levantamento fiscal. Por conseguinte, não se aplica a ela a regra do art. 1º da Lei nº 10.147/00, mas sim a regra do art. 2º, e, se a alíquota é zero, não há valor algum a ser cobrado ou debitado ao destinatário das mercadorias por ela vendidas. O Convênio ICMS 24/01 estabelece em sua cláusula primeira que, nas operações interestaduais com os produtos que especifica, a base de cálculo do ICMS (“ICMS próprio”) deve ser deduzida do valor do PIS e da COFINS referentes às operações subsequentes cobradas englobadamente.

Conjugando a cláusula p
enunciado de sua ementa

somente se aplica em se tratando de industriais e importadores, que, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.147/00, devem pagar PIS e COFINS pelas alíquotas ali fixadas, haja vista que, a “contrario sensu”, no caso de estabelecimentos comerciais, não havendo PIS ou COFINS a serem pagos, em virtude da alíquota zero, também não há qualquer dedução a ser feita. Interpretando-se a expressão “cobradas englobadamente na respectiva operação”, constante no final da cláusula primeira do convênio, não há como abater o valor de contribuições nas operações realizadas pelos revendedores, uma vez que aquelas contribuições não são “cobradas” na “respectiva operação”. Lançamento indevido. **b) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO.** Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/6/08, apura seguintes fatos:

1. retenção de ICMS efetuada a menos pelo autuado, estabelecido no Estado da Paraíba, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, por ter o autuado calculado o ICMS próprio a mais, pelo fato de não deduzir da base de cálculo as parcelas do PIS e da COFINS monofásicos, gerando crédito a mais para efeitos de cálculo do ICMS devido por substituição e por conseguinte ICMS a menos a ser retido, deixando de observar o Convênio ICMS 24/01, sendo lançado imposto no valor de R\$ 181.232,23, com multa de 60%;
2. falta de retenção de ICMS pelo autuado, estabelecido no Estado da Paraíba, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 71.998,10, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 216/229) salientando que, de acordo com o seu contrato social, seu objeto social é o comércio e a distribuição de produtos para a saúde. Adianta que apenas discute o lançamento objeto do item 1º.

Explica que a empresa possui um Centro de Distribuição no Estado da Paraíba, de onde são vendidos vários produtos para o Estado da Bahia.

A defesa transcreve o teor da imputação do item 1º, assinalando que a questão diz respeito à chamada substituição tributária para frente relativamente a operações com produtos farmacêuticos, objeto do Convênio ICMS 76/94, tendo a fiscalização considerado que a empresa calculou o ICMS próprio a mais, gerando crédito a mais na hora de efetuar o cálculo do ICMS devido por substituição.

Comentando os termos do Convênio ICMS 76/94, a defesa observa que esse ato dispõe acerca das bases de cálculo para efeitos de substituição tributária, sendo que, não havendo preço tabelado ou sugerido pelo fabricante, como no caso em análise, a base de cálculo resultará da aplicação de um percentual de acréscimo definido em tabela constante no mesmo convênio, de acordo com determinados requisitos, a título de margem de valor agregado (objeto da presente autuação é de 41,06%). Prossegue dizendo que redução de 10% na base de cálculo do tributo devido por substituição

carga de ICMS inferior a 7%, incidindo tal redução depois de aplicada a MVA. Observa que esses aspectos não estão em discussão.

Quanto à redução que deu origem à presente autuação, em função da cobrança do PIS/COFINS Monofásico, a defesa expõe que a Lei nº 10.147/00 alterou a apuração das contribuições do PIS e da COFINS para determinados produtos, dentre eles alguns produtos farmacêuticos, estabelecendo que em relação a eles as referidas contribuições seriam apuradas de uma só vez – a chamada apuração monofásica, que se assemelha à substituição tributária para frente. Isso implica, em síntese, que o industrial e o importador devem recolher aquelas contribuições mediante alíquota maior, sendo retirada a tributação dos citados produtos por tais contribuições nas operações subsequentes, e, para compensar o industrial ou importador, foi editado o Convênio ICMS 24/01 determinando que se deduzisse da base de cálculo do ICMS próprio a parcela do PIS e da COFINS que passaram a ser exigidos de forma monofásica. Destaca que foi assim que a empresa procedeu, tendo a fiscalização entendido que, ao deixar de fazer a aludida redução da base de cálculo do ICMS próprio, houve recolhimento a menos do imposto devido por substituição. Alega que os fiscais não observaram que nem todos os produtos constantes nas Notas Fiscais apontadas nas planilhas da autuação são objeto de apuração do PIS e da COFINS monofásicos, e por conseguinte uma parte deles não está sujeita à citada redução na base de cálculo. Destaca que o convênio só determina que se reduza a base de cálculo em se tratando dos produtos classificados nas posições 3003, 3004, 3303 a 3307 e nos códigos 3401.11.90, 3401.20.10 e 9603.21.00. Aduz que, como forma de exemplificação dos produtos que devem ter suas bases de cálculo reduzidas, há 37 Notas Fiscais, às fls. 124 a 188, nas quais constam vendas de produtos classificados nas posições e nos códigos supracitados – coluna 1 – e produtos que não se enquadram nas citadas posições e códigos – coluna 2 –, sendo que os produtos relacionados na coluna 1, por estarem classificados nas posições previstas no Convênio ICMS 24/01, ao saírem da indústria devem ter a base de cálculo do ICMS próprio reduzida em 10,49%, porém os produtos listados na coluna 2 não estão entre aqueles cuja redução da base de cálculo está prevista no supramencionado convênio, de sorte que não devem sofrer a aludida redução. Conclui que se deve verificar a classificação de cada produto, para se saber se o industrial deve ou não reduzir a base de cálculo do ICMS em compensação ao pagamento do PIS e da COFINS monofásicos. Diz que os fiscais não observaram isso.

Além disso, prossegue a defesa, há a questão do sujeito passivo e do fato gerador da redução da base de cálculo do ICMS em função da cobrança do PIS e da COFINS monofásicos, primeiro porque a norma visa reduzir a base de cálculo do ICMS do industrial que está sofrendo o impacto da cobrança monofásica das contribuições sociais, e segundo porque o fato gerador da redução é a circulação interestadual de mercadorias cuja apuração do PIS e da COFINS esteja naquele momento sendo efetuada na forma monofásica. Em face dessas considerações, sustenta que o sujeito passivo do recolhimento do ICMS com base de cálculo reduzida em conformidade com o Convênio ICMS 24/01 só pode ser o industrial ou o importador que a ele se equipare. Chama a atenção para a ementa do citado convênio, segundo a qual a contribuição do PIS/COFINS a ser deduzida é aquela relativa à Lei nº 10.147/00, ou seja, a contribuição que incidiu na operação com base na citada lei.

Estabelecidas essas premissas, a defesa aduz que as mercadorias objeto da autuação saíram do Centro de Distribuição da Johnson & Johnson Comércio e Distribuição Ltda., que fica na cidade de João Pessoa, no Estado da Paraíba. Salienta que a referida Unidade consiste tão-somente em um Centro de Distribuição, e, consoante se verifica em sua própria designação social, tem por atividade empresarial apenas o comércio e distribuição de mercadorias, e não a produção. Sustenta que, por essa razão, não poderia reduzir sua base de cálculo no percentual de 10,49% estabelecido no Convênio ICMS 24/01, como pretendem as autoridades fiscais. Alega que o sujeito passivo do recolhimento das citadas contribuições, já recolhidas e que nesses casos o recolhimento das contribuições PIS e COFINS s

venda das referidas mercadorias é feita exclusivamente pela indústria em recolhimento monofásico, de modo que ela e somente ela recolhe o ICMS próprio com a base de cálculo reduzida por conta do convênio, e por conseguinte, havendo a venda de produtos constantes no rol estabelecido no “caput” da cláusula primeira do Convênio ICMS 24/01, somente a indústria ou o importador recolherão o imposto com redução da base de cálculo.

Pede que seja cancelado o Auto de Infração. Requer, em face da quantidade de Notas Fiscais, que seja admitida a juntada posterior de planilhas e relatórios que se façam necessários à comprovação das alegações expostas. Requer também a realização de perícia para definir exatamente quais os produtos ou operações que estariam sob o manto do Convênio ICMS 24/01.

Juntou documentos.

Os fiscais autuantes prestaram informação (fls. 337/341) explicando que a fiscalização recaiu sobre a verificação da ocorrência do pagamento do ICMS devido por substituição retido nas Notas Fiscais e incidente sobre operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária nos termos dos Convênios ICMS 81/93, 76/94, 24/01 e 34/06, que constam nas GIAs-ST. Destacam que o autuado é inscrito no cadastro estadual de contribuintes, na condição de substituto tributário. Asseguram que a ação fiscal transcorreu na mais estrita legalidade.

Quanto ao mérito, dizem que a autuação não foi feita de forma genérica, e sim levando em consideração os códigos de classificação da NCM, com a conseqüente exclusão dos códigos que não estão inseridos na cláusula primeira do Convênio ICMS 24/01, e para fazer a separação dos produtos que estariam sujeitos ou não à redução foi utilizada listagem encaminhada pelo próprio contribuinte, contendo os códigos dos produtos, sua descrição, a NCM e a classificação na lista (positiva, negativa e outros), e, de posse daquela listagem, foi feito o cálculo do ICMS devido por substituição, selecionando-se somente os produtos com os códigos constantes na cláusula primeira do Convênio ICMS 24/01, que teriam a base de cálculo reduzida. Frisam que nenhum dos produtos constantes na coluna 2 apresentada pela defesa fez parte da redução aludida, e dos produtos constantes na coluna 1 somente fio dental, enxaguante bucal e escova de dente tiveram o ICMS próprio reduzido, já que colônia, talco, neutralizador, protetor solar, xampu, condicionador e desodorante, apesar de os códigos constarem na cláusula primeira do Convênio ICMS 24/01, não são produtos sujeitos à substituição tributária. Dão exemplo do cálculo.

Quanto às alegações da defesa com relação ao sujeito passivo e ao fato gerador da redução da base de cálculo do ICMS em função da cobrança do PIS/COFINS monofásico, os fiscais consideram que a cláusula primeira do Convênio ICMS 24/01 é clara quando estabelece que a redução da base de cálculo deve ser feita quando da realização de operações interestaduais com os produtos classificados nas posições 3003, 3004, 3303 a 3307 e nos códigos 3401.11.90, 3401.20.10 e 9603.21.00, e portanto a indicação da redução não se refere ao industrial ou importador, e sim aos produtos que estão envolvidos nas referidas operações. Consideram que há maior clareza quando no final da cláusula é dito que a redução deverá referir-se a todas as operações subseqüentes que foram cobradas englobadamente na indústria ou no importador. A seu ver, não haveria razão para se falar em operações subseqüentes se, como alega a defesa, a redução fosse exclusiva para a saída do produto da indústria ou do importador.

Alertam os fiscais que, sem a redução do ICMS próprio, prevista no Convênio ICMS 24/01, o Estado da Bahia suportaria um crédito na hora do cálculo do ICMS-ST correspondente ao PIS/PASEP e COFINS, já que o contribuinte faz uso na aplicação da MVA dos percentuais correspondentes aos produtos da lista negativa (produtos estes que estão descritos no citado convênio), que são menores que os das listas positiva e neutra, por expurgar os valores correspondentes ao PIS/PASEP e COFINS.

Opinam pela procedência do lançamento.

Juntaram novos elementos, inclusive demonstrativos.

Dada ciência da informação fiscal e seus anexos ao sujeito passivo, este se manifestou (fl. 366) dizendo que toda a argumentação trazida a lume pelos autuantes precisa necessariamente ser verificada nas Notas Fiscais relativas às vendas realizadas para este Estado nos últimos 5 anos, o que implica a análise de mais de três mil documentos, cada um com inúmeros produtos listados, razão pela qual o prazo que lhe foi concedido não se mostra razoável. Requer a dilação do prazo por pelo menos mais 10 dias para poder manifestar-se acerca da informação fiscal.

Em nova petição (fls. 369/376) o autuado sustenta que, em face das informações prestadas pelas autuantes, a discussão limita-se à aplicabilidade ou não, nas vendas efetuadas pelo Centro de Distribuição localizado no Estado da Paraíba, da redução da base de cálculo do ICMS próprio estabelecida pelo Convênio ICMS 24/01. Reitera que, com a edição da Lei nº 10.147/00, que alterou a apuração das contribuições do PIS e da COFINS para determinados produtos, dentre eles alguns produtos farmacêuticos, as contribuições relativamente a tais produtos passaram a ser recolhidas de uma só vez (apuração monofásica), que se assemelha à substituição tributária para frente. Com a citada lei foi determinado que o industrial e o importador recolhessem aquelas contribuições mediante alíquota maior, sendo retirada a tributação dos citados produtos por tais contribuições nas operações subseqüentes, e, para compensar o industrial ou importador, foi editado o Convênio ICMS 24/01 determinando que se deduzisse da base de cálculo do ICMS próprio a parcela do PIS e da COFINS que passaram a ser exigidos de forma monofásica. Chama a atenção para o fato de que o convênio somente determina que se reduza da base de cálculo do ICMS o valor das contribuições ao PIS e à COFINS. Argumenta que o industrial, que neste caso é a indústria farmacêutica, que fica em São Paulo, da qual o autuado adquire os produtos que distribui, recolhe o chamado PIS/COFINS Monofásico, fazendo a redução da base de cálculo do ICMS de acordo com o que define o convênio. Posteriormente, os produtos adquiridos seguem de São Paulo para o estabelecimento do autuado, que é uma empresa comercial, que, ao revendê-los, não mais recolhe PIS e COFINS sobre aqueles produtos, o que impede o autuado de proceder à redução da base de cálculo pretendida pela fiscalização. Frisa que o PIS e a COFINS foram recolhidos antes pelo estabelecimento industrial, de modo que na fase de revenda já não incidem mais aquelas contribuições. Considera que o convênio é claro ao estabelecer a redução da base de cálculo do ICMS com a dedução dos valores pagos a título de PIS e COFINS, e sendo assim, como o autuado não recolhe PIS e COFINS sobre esses produtos, nada pode deduzir de sua base de cálculo do ICMS. Por essas razões considera indevida a pretensão fiscal, haja vista que o autuado não é o fabricante ou importador dos produtos, não tendo sido ele quem recolheu o PIS e a COFINS monofásicos, mas sim a indústria farmacêutica.

Quanto à questão dos equívocos nas planilhas elaboradas pela fiscalização, o autuado alega que, ainda que tivesse de excluir um PIS ou COFINS inexistentes, como quer a fiscalização, existem falhas nas planilhas fiscais, haja vista as Notas Fiscais 164584 e 164882, apontadas a título de exemplo, observando que no caso da primeira Nota a planilha aponta quase que o dobro da diferença encontrada, e na segunda, embora o valor seja baixo, o valor apontado como diferença é dez vezes maior que a diferença encontrada. Argumenta que para solucionar tais erros de cálculo se faz necessária uma perícia contábil, uma vez que se trata de mais de 3.000 Notas Fiscais para serem analisadas. Requer diligência nesse sentido.

Aduz que o objetivo principal desta demanda não está centrado nos cálculos equivocados da autuação, mas sim nas suas premissas, especialmente no que tange à aplicação ou não da redução da base de cálculo do ICMS próprio estabelecida pelo Convênio ICMS 24/01, conforme já explanado, de modo que só será necessária a análise pericial se for confirmado o entendimento da fiscalização acerca da dedução dos valores do PIS e da COFINS não recolhidos e portanto inexistentes.

Pede que seja cancelado o Auto de Infração. Reitera o pedido de pe

O processo foi remetido em diligência (fls. 380-381) para que as autuantes prestassem informação em face dos novos elementos aduzidos pelo autuado.

As auditoras prestaram nova informação (fls. 385/388) explicando o motivo da autuação. Quanto à questão do PIS e da COFINS monofásicos, dizem que mantêm integralmente as justificativas da informação anterior, tendo em vista que o autuado não apresentou nenhuma argumentação diferente em relação ao que aduziu na defesa originária. Com relação aos equívocos nas planilhas da autuação, consideram que a defesa deve ter-se equivocado com relação à Nota Fiscal 164584, uma vez que, feito o cálculo, o resultado encontrado foi o mesmo. Já com relação à Nota Fiscal 164882, realmente houve um erro, provocado por problemas no arquivo magnético, que continha a especificação de “Mercadoria reprovada”, de modo que o imposto a ser lançado deve ser reduzido de R\$ 8,20, por conta da aludida Nota Fiscal 164882. Opinam pela procedência parcial do lançamento, excluindo-se o valor indicado.

Foi determinada nova diligência (fl. 395), para que fosse dada ciência da revisão do lançamento ao sujeito passivo.

O autuado manifestou-se (fls. 399/406) dizendo que aquelas Notas Fiscais haviam sido apontadas por amostragem. Quanto aos argumentos da informação fiscal, alega que as autuantes se limitaram a reconhecer que houve um erro em relação a uma das duas Notas Fiscais destacadas por amostragem, o que a seu ver corrobora o que já havia sido afirmado pela defesa, de que a autuação foi feita de forma genérica, sem levar em consideração as especificidades de cada uma das Notas Fiscais. Reclama que as auditoras não abordaram o cerne da questão, premissa inicial da autuação, que consiste no fato de a imputação se lastrear num suposto dever de redução da base de cálculo do ICMS em face do PIS e da COFINS monofásicos, em decorrência da Lei nº 10.147, a qual determinou que o industrial e o importador recolhessem aquelas contribuições mediante alíquota maior, retirando-se a tributação daquelas contribuições nas operações subsequentes, sendo que, para compensar o industrial e o importador, foi editado o Convênio ICMS 24/01 determinando que se deduzisse da base de cálculo do ICMS próprio as parcelas do PIS e da COFINS que passaram a ser exigidos de forma monofásica. Considera que as autuantes não se aperceberam de que o estabelecimento autuado é de natureza comercial e que as referidas contribuições foram suportadas pela indústria, que fica em São Paulo, da qual as mercadorias são adquiridas para comercialização. Argumenta que quando a empresa comercial revende as mercadorias não há mais recolhimento de PIS e COFINS, e isso a impede de proceder à redução da base de cálculo como pretendem as autuantes. Conclui dizendo que, como a empresa autuada não recolhe PIS nem COFINS sobre os produtos em questão, nada pode deduzir da base de cálculo do ICMS. Reitera que a empresa autuada não é fabricante ou importadora dos produtos, não tendo sido ela quem recolheu o PIS e a COFINS monofásicos, mas sim a indústria farmacêutica. Pede que seja cancelado o Auto de Infração. Reitera o pedido de perícia contábil.

VOTO

Este Auto de Infração compõe-se de dois lançamentos. Está em discussão apenas o 1º. O fato imputado é este: retenção de ICMS efetuada a menos pelo autuado, estabelecido no Estado da Paraíba, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, por ter o autuado calculado o ICMS próprio a mais, pelo fato de não deduzir da base de cálculo as parcelas do PIS e da COFINS monofásicos, gerando crédito a mais para efeitos de cálculo do ICMS devido por substituição e por conseguinte ICMS a menos a ser retido, deixando de observar o Convênio ICMS 24/01.

A substituição tributária nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos é norteadas pelos critérios fixados no Convênio ICMS 76/94. Para determinação do ICMS devido por substituição tributária é o montante formac

fornecedor, incluídos IPI, frete e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, mais a margem de valor adicionado (MVA).

Em face da expressão “demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário”, fica patente que na base de cálculo devem ser incluídas as despesas tributárias, inclusive despesas com contribuições tais como PIS e COFINS – porém somente quando tais despesas, na operação, estiverem sendo cobradas ou debitadas ao destinatário.

Mediante o art. 1º da Lei nº 10.147/00, foram fixadas as alíquotas aplicáveis para determinação dos valores do PIS e da COFINS relativamente à receita bruta decorrente das vendas de determinados produtos efetuadas por *industriais e importadores*.

Observe-se que a regra diz respeito unicamente às pessoas jurídicas que procedam à *industrialização* ou à *importação*.

Por sua vez, o art. 2º da supracitada lei estabeleceu que são reduzidas a zero as alíquotas do PIS e da COFINS nas vendas efetuadas pelas “pessoas jurídicas *não enquadradas na condição de industrial ou de importador*”.

Ao determinar que nas operações subseqüentes (efetuadas por não-industriais ou não-importadores) a alíquota daquelas contribuições é reduzida a zero, isso significa que a cobrança do imposto é feita de uma só vez (cobrança monofásica), pelo industrial ou importador.

A pessoa jurídica que figura no pólo passivo da relação jurídica em análise nestes autos é uma *empresa comercial*. Ela não fabrica nem importa os produtos objeto do levantamento fiscal. Por conseguinte, não se aplica a ela a regra do art. 1º da Lei nº 10.147/00. No seu caso incide a regra do art. 2º: a alíquota do PIS e da COFINS é reduzida a zero. Se é reduzida a zero, não há valor algum a ser cobrado ou debitado ao destinatário das mercadorias por ela vendidas.

Em face da inovação introduzida por aquela lei federal, os Estados editaram o Convênio ICMS 24/01, estabelecendo em sua cláusula primeira que, nas operações interestaduais com os produtos que especifica, a base de cálculo do ICMS (“ICMS próprio”) deve ser deduzida do valor do PIS e da COFINS referentes às operações subseqüentes cobradas englobadamente “na respectiva operação”.

Embora a cláusula em apreço comece dizendo “Nas operações interestaduais...”, o intérprete não pode parar a leitura por aí. Conjugando-se a cláusula primeira com o enunciado da ementa do convênio, é evidente que essa regra somente se aplica em se tratando de *industriais e importadores*, que, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.147/00, devem pagar PIS e COFINS pelas alíquotas ali fixadas. Já em se tratando de *estabelecimentos comerciais*, como é o caso do autuado, considerando-se que o art. 2º da supracitada lei prevê que as alíquotas daquelas contribuições são *reduzidas a zero*, não havendo portanto PIS ou COFINS a serem pagos, não se aplica a dedução do valor do PIS e da COFINS porque, sendo estas contribuições tributadas à alíquota zero, *não há valores a serem cobrados* “na respectiva operação”.

Os fiscais têm certa razão na leitura da norma em face da má redação do Convênio ICMS 24/01. De fato, para se compreender o sentido desse convênio é preciso interpretá-lo levando em conta o enunciado de sua ementa. Sendo assim, cumpre notar que, de acordo com a ementa do convênio, a dedução do PIS e da COFINS diz respeito aos produtos indicados “na Lei Federal nº 10.147/00”. Ora, quando se vai à lei federal, o que se vê é que os produtos por ela contemplados no art. 1º dizem respeito, unicamente, às operações efetuadas por “pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou à importação” dos aludidos produtos.

Ou seja, de acordo com a ementa do convênio, este se aplica apenas em se tratando de estabelecimento industrial ou importador, que estão sujeitos ao pagamento do PIS e da COFINS pelo regime da cobrança monofásica.

No caso de estabelecimento comercial – e esta é a situação do autuado –, em relação aos produtos listados na referida lei, ele não está sujeito ao pagamento de PIS e COFINS, haja vista a regra do art. 2º da Lei nº 10.147/00, segundo o qual, no caso dos “produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º”, a alíquota daquelas contribuições é reduzida a zero.

Embora correndo o risco de estar sendo redundante, repisando o que já foi dito, insisto em que, se o estabelecimento comercial não está sujeito ao pagamento de PIS e COFINS, na hora de calcular o ICMS de suas operações não tem PIS ou COFINS a abater da base de cálculo do ICMS, pois não há como abater o que não existe.

Os fiscais, na informação, grifaram trechos da cláusula primeira do Convênio ICMS 24/01. No entanto, não se interpreta um dispositivo lendo apenas partes ou trechos. A interpretação dos pontos assinalados tem de ser feita levando em conta o texto do convênio por inteiro, inclusive a ementa. Quando o convênio se refere a “operações interestaduais”, há que se compreender que ele está se referindo às operações interestaduais com os produtos que especifica, quando, de acordo com o art. 1º da Lei nº 10.147/00, houver tributação do PIS e da COFINS.

Quanto ao grifo, pelos autuantes, da parte final da cláusula primeira do convênio, há que se notar que a dedução do PIS e da COFINS é para os casos em que essas contribuições estejam sendo cobradas.

Concluindo:

1. a ementa do Convênio ICMS 24/01 refere-se ao tratamento jurídico-fiscal dos produtos indicados na Lei nº 10.147/00, em cujo art. 1º a previsão de tributação das contribuições do PIS e da COFINS diz respeito unicamente ao industrial e ao importador;
2. as operações interestaduais a que se refere a cláusula primeira do convênio são aquelas efetuadas pelos industriais e importadores com os produtos ali especificados;
3. a dedução do PIS e da COFINS a que alude a parte final da aludida cláusula primeira aplica-se às contribuições “cobradas”, dando mais reforço ao entendimento de que a dedução deve ser feita apenas pelo industrial ou importador, haja vista que em se tratando de empresas não-industriais ou não-importadoras aquelas contribuições têm alíquota é zero;
4. atente-se por fim para a expressão “cobradas englobadamente na respectiva operação”, constante no final da cláusula primeira do convênio. Tendo em vista que, no caso em exame, por se tratar de estabelecimento comercial, não há contribuições para o PIS ou COFINS “cobradas englobadamente na respectiva operação”, por já terem tais contribuições sido cobradas pelo industrial ou importador (incidência monofásica), não se aplica a regra da dedução prevista na citada cláusula. De fato, seria um absurdo abater o valor de contribuições nas operações realizadas pelos revendedores, se aquelas contribuições não são “cobradas” na “respectiva operação”.

É portanto indevido o lançamento do item 1º.

Conforme já foi observado, o lançamento do item 2º não foi impugnado.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já paga.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281066.0002/08-5**, lavrado contra **JOHNSON & JOHNSON COMÉRCIO E DISTRIBU** intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor

monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA