

A. I. N° - 276890.0005/09-7
AUTUADO - VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - HÉLIO ANTONIO MEDIANO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 07.05.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0097-02/10

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. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/09/2009, lança crédito tributário no valor de R\$2.979.588,15, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Foi acrescentado que o autuado calculou e recolheu a menos a substituição tributária de medicamentos por não possuir o Termo de Acordo que lhe daria o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto n° 7.799 de 09/05/2000. Diz que o autuado firma o Termo de Acordo em 26/06/2007. Informa também que o autuado tinha como calcular a substituição tributária corretamente porque as notas fiscais de entradas possuem o PMC individualizado por medicamento. Período levantado: janeiro, abril a novembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007.

O autuado apresenta defesa às fls. 520 a 527, transcreve a descrição dos fatos contextualizada no Auto de Infração pelo autuante, aduz que em que pese o lançamento tributário possuir presunção de legalidade, deve ser revisto pela administração pública, para valer os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Diz que a revisão do lançamento tributário é um direito do contribuinte, e um dever do administrador.

No mérito faz observação de que descontos incondicionais ou comerciais representam parcelas redutoras dos preços de compra e venda constantes da nota fiscal, não dependentes de evento posterior à emissão dos documentos e que tais descontos afetam a base de cálculo dos tributos, porque entende que a base de cálculo passa a ser o valor bruto da nota fiscal deduzido do desconto.

Enfatiza que os descontos são concedidos no ato da operação, quando fica estabelecido o seu valor e que são estabelecidos por motivos diversos, tais como: quantidade comprada ou vendida, cliente especial, catálogo com preços aumentados. Para esclarecer sobre descontos comerciais reproduz trechos das lições de Sérgio de Iudícibus e José Carlos Marion (*in, Contabilidade Comercial, 3ª edição, Editora Atlas, pág. 98*).

Frisa que muitas vezes, por uma questão mercadológica, as farmácias vendem produtos farmacêuticos por um preço muito inferior ao

publicitárias, por isso entende que por força dos descontos incondicionais ou comerciais, os valores sugeridos pelas revistas publicitárias não podem servir de parâmetro para se auferir a base de cálculo real para a operação tributária. Defende que deve ser aplicado 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 subseqüentes, cita o art. 61, II do RICMS/97 do Estado da Bahia, que transcreve.

Aduz que a pauta fiscal utilizada na referida autuação não condiz com a realidade que é visível tal prática pelo próprio fabricante dos medicamentos.

Salienta que a publicação da ABCFARMA, parâmetro utilizado pelo fisco para a autuação ora em discussão, apresenta tanto preço sugerido para a venda inicial feita pela fábrica, como o preço sugerido para a venda ao consumidor final.

Diz que por questão mercadológica e estratégia de marketing a própria fábrica não cumpre, em alguns produtos e por alguns períodos (exatamente no período e notas fiscais dessa autuação) o valor sugerido na própria revista. Aduz que a fábrica de medicamentos implementa uma política comercial agressiva para ganho de mercado e nisto reduz o seu preço e exige que seu distribuidor faça o mesmo.

Enfatiza que a jurisprudência tem sido unânime em destacar que os descontos comerciais devem ser retirados da base de cálculo do imposto de modo a garantir uma exação coerente com a Lei. Transcreve decisões neste sentido, prolatadas no Acórdão, nº13.810/99/3ª; Impugnação: 52.969; impugnado: Estado de Minas Gerais), e REsp n. 477.525-GO, relator Ministro Luiz Fux, DJ de 23.6.2003., REsp n. 477.525-GO e Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (STJ, REsp 721243 / PR ; RE 2005/0011868-0 Ministro João Otávio de Noronha, segunda turma, DJ 07.11.2005 p. 229).

Narra que há efetiva comprovação de que, no caso presente, ocorre a aplicação de descontos comerciais em toda a cadeia de modo que, na(s) nota(s) fiscal(is) que instruem o lançamento tributário, não havia qualquer irregularidade capaz de gerar a respectiva autuação.

Alega que a pauta fiscal nada mais é do que um valor pré-fixado da operação, tomado como teto, independentemente do efetivo e real valor da operação.

Defende que na prática, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial é uma pauta fiscal, em sendo assim diz que o cálculo do ICMS com base em pauta de valores ou preço máximo ao consumidor é ilegal quando a diferença entre o preço efetivo e o valor de pauta ou o preço máximo ao consumidor for incompatível com os preços usualmente praticados no mercado.

Argui que o fato dos preços constantes nas notas fiscais não serem idênticos com os sugeridos na revista publicada pela ABCFARMA não pressupõe que esteja o autuado burlando o fisco, tentando eximir-se da obrigação tributária de pagamento do ICMS devido.

Transcreve o art. 148 do Código Tributário Nacional, voto do Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, e Súmulas nº 282, e 356 do STF, bem como Recurso Especial /STJ-REsp 595281/MT, rela. Ministra Denise Arruda, DJ 01.02.2006, para dizer que é ilegal a aplicação do 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, como base de cálculo do imposto estadual ora em exame porque, no caso concreto, inexistem provas dos motivos imprescindíveis para sua utilização, quais sejam, ausência de valores registrados pelo contribuinte ou que as informações por ele prestadas sejam desprovidas de credibilidade.

Quadra que o simples fato dos preços constantes nas notas fiscais sugeridos na Revista publicada pela ABCFARMA não quer dizer

operação está equivocada. Diz que não há razão para que o recolhimento do ICMS seja apurado através da utilização do valor sugerido pelas revistas publicitárias, mas sim pelo valor constante das notas fiscais, mormente quando, no caso, não se evidencia nenhuma das hipóteses do art. 148 do CTN, o que torna irregular o lançamento.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado insubsistente.

O autuante, presta informação fiscal às fls.528 e 529, dizendo que a defesa apresentada é insubsistente pelos motivos que enumera:

“1 - não há nenhum tipo de desconto nas notas fiscais que deram origem ao auto de infração, vide folhas 23 à 422 do processo;

2 - o que o contribuinte chama de desconto nada mais é que o cálculo da substituição tributária segundo o Conv. ICMS 76/94 cláusula 2ª. Seja substituição calculada conforme as listas negativa, positiva e neutra.

3 - o código da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado –NBM/SH número 3004 (medicamentos) não faz parte destas listas. Desta forma, o cálculo da substituição tributária estava errado;

4 - nas notas fiscais que deram origem ao auto de infração (folhas 23 à 422) constam os códigos 3004 (medicamentos) e o Preço Máximo de Venda a Consumidor – PMC, individualizados por medicamento que era possível o cálculo correto da substituição tributária de acordo com o decreto 7.799/00;

5 - o autuado obteve o Termo de Acordo em 26/06/2007 (folha 21). A partir desta data foram concedidas as reduções do Art.3-A do decreto 7.799/00 nos demonstrativos do auto a que ele tem direito (folhas 17e18).”

Garante que a autuação está completamente embasada na legislação tributária, especialmente no Convênio ICMS 76/1994 e no Decreto 7.799 de 09 de maio de 2000.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado insubsistente.

VOTO

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 conseqüente recolhimento do ICMS, a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações subseqüentes, 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 d

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, prevêm 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, por entender que tais preços se caracterizam pauta fiscal praticada pelo próprio fabricante dos medicamentos e que os valores a serem considerados são os correspondentes aos da operação própria realizada pelo remetente ou 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 fls. 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 debitadas ao adquirente, quando existentes, de forma que o valor ap

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 276890.0005/09-7, lavrado contra **VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.979.588,15**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2010

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR