

A. I. N° - 206855.0011/09-9
AUTUADO - UNIÃO FARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 23/08/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0192-03/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Nas operações interestaduais com medicamentos, a base de cálculo para fins da antecipação tributária obedece a Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, e será o valor constante na tabela de preços sugerido pelo fabricante e publicado em revistas específicas. Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/08/2009, refere-se à exigência de R\$1.211.699,20 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de novembro e dezembro de 2008. Valor do débito: R\$188.309,56.

Infração 02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de novembro 2006 a outubro de 2008. Valor do débito: R\$1.023.389,64.

O autuado apresentou impugnação (fls.734 a 766), suscitando preliminar de nulidade do Auto de Infração, alegando falta de segurança para se determinar a infração cometida, cerceamento ao direito de defesa e contraditório. Cita o art. 38 do RPAF e art. 155, I da Constituição Federal. Comenta sobre o princípio da verdade material e diz que a autoridade administrativa tem o dever de considerar todas as provas e fatos de que tenha conhecimento, de determinar a produção de provas, trazendo-as aos autos, quando elas forem capazes de influenciar na decisão, ou, até, de tomar conhecimento de novos fatos que venham a ser alegados pelos interessados após o prazo de defesa. Salaria que devem ser consideradas as provas e os novos fatos mesmo que favoráveis ao interessado, ainda que este não os tenha alegado ou declarado. O defendente entende que não houve os esclarecimentos necessários pelo fiscal autuante sobre a natureza das imputações fiscais. Reproduz o texto descritivo do Auto de Infração e questiona: Quais são as mercadorias? São todas as mercadorias relacionadas nos anexos 88 e 89? Somente parte das mercadorias relacionadas nos anexos 88 e 89? Apenas uma mercadoria relacionada no anexo 88 e 89? Assegura que nos Anexos 88 e 89 não se encontra a discriminação dos produtos elencados nas planilhas entregues ao autuado como sujeitos à substituição tributária; não identificou que os produtos “albenzonil”, “acetamil”, “ampilozim”, “bac-sulfitrim”, indicados na planilha eletrônica são produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, nem mesmo defendente argumenta que há incerteza no levantamento realizado

Auto de Infração. E, se o fisco não definiu claramente quais os produtos sujeitos à substituição tributária não há como manter tais infrações, em decorrência de imprecisão e falta de coerência na sua determinação.

A preliminar de nulidade suscitada pelo defendente diz respeito à falta de segurança para se determinara infração. Cita o art. 18 do RPAF/BA, decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal e o art. 39 do RPAF/BA, salientando que o autuante deve relatar com clareza os fatos ocorridos, as provas e evidenciar a relação lógica entre estes elementos de convicção e a conclusão advinda deles. Salienta que o órgão julgador deve observar a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, insculpida no artigo 5º, LV da Constituição Federal. O defendente comenta sobre os mencionados princípios e transcreve a ementa do Acórdão 0049/99 da 4ª Junta de Julgamento Fiscal. Reitera o pedido de nulidade do presente Auto de Infração alegando falta de clareza e precisão da imputação fiscal.

O defendente também apresenta seu entendimento em relação à legitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecer preços máximos de venda a consumidor. Transcreve o art. 8º da Lei Complementar 87/96. Comenta sobre o princípio do contraditório, citando ensinamento de Vicente Greco Filho. Quanto ao princípio da ampla defesa diz que é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas, e nesta linha, resta claro o íntimo relacionamento entre o Contraditório e a Ampla Defesa, e tais preceitos são albergados pelo Direito Tributário. Salienta que a 4ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão 0045/99 decidiu pela nulidade de Auto de Infração em decorrência de imputação imprecisa, sem indicação da fonte ou dos critérios que conduziram à configuração da infração, conforme ementa que transcreveu. Assim, o defendente requer a este órgão julgador a nulidade do presente Auto de Infração, alegando falta de clareza e precisão da imputação fiscal, dizendo que não se identifica na descrição da infração, como também nos demonstrativos anexos ao auto de infração, quais as mercadorias que estão sujeitas ao regime da substituição tributária, e consequentemente, responsabilizar por sujeição passiva o impugnante nas operações subseqüentes.

A segunda preliminar de nulidade diz respeito à ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor. O defendente diz que a mencionada entidade não detém legalmente a competência para estabelecimento de preços máximos sugeridos ao consumidor conforme determinou o autuante. Reproduz o art. 8º da Lei Complementar 87/96. Diz que a ABCFARMA não é fabricante, nem importador, nem tampouco entidade que representa os fabricantes, por conseguinte não está amparada legalmente para estabelecer preços. Trata-se de entidade composta por estabelecimentos comerciais, que divulga uma revista sugerindo preços máximos a serem praticados por distribuidores e varejistas. Portanto, o defendente entende que o § 3º da Lei Complementar está sendo ferido de morte, por aplicação indevida de base de cálculo sem respaldo legal; que Diversos julgados do CONSEF, tem mostrado o equívoco na apreciação desta questão, talvez por ainda não ter sido levantada por nenhum contribuinte baiano, por completo desconhecimento da atividade da referida entidade.

Afirma que, para a validade e eficácia do lançamento de ofício, o autuante deveria anexar a lista de preços sugeridos ao consumidor de cada laboratório fabricante, e aí estariam sendo obedecidos os comandos do legislador complementar. Diz que no presente caso, não há que se falar em preço sugerido ao público por entidade comercial; que o lançamento de ofício está eivado de vício insanável, inquinando de nulidade a autuação por inexistência do elemento valorativo do fato gerador do imposto. Pergunta, qual a cláusula do Convênio 76/94 ou da legislação baiana se refere a tabela de preços da ABCFARMA, ANVISA ou qualquer outra, como critério na apuração da base de cálculo. Salienta que as as tabelas de preços utilizadas constam em publicações privadas (revistas não oficiais), que não se presta
isso, a autuação é nula de pleno direito.

A terceira preliminar de nulidade se refere à falta de apresentação das tabelas de preços da ABCFARMA, tendo em vista que o defendente alega que o autuante não entregou ao recorrente as tabelas de preços em meio magnético relativas aos períodos fiscalizados. Diz que o fiscal autuante teria que acostar aos autos e entregar ao recorrente todas as tabelas de preços relativas aos períodos da acusação, tendo em vista que a cobrança do imposto está amparada no PMC, estabelecido nas tabelas da ABCFARMA.

Quanto ao mérito, o defendente alega que deve prevalecer o valor real da operação, decorre da incidência dos princípios da estrita legalidade da tributação, da capacidade contributiva e da proibição de confisco. Comenta sobre o mencionado princípio e diz que jamais pode a base de cálculo do ICMS ser superior ao valor da efetiva venda da mercadoria e que a sua não observância pelo Fisco, conduz à inconstitucionalidade do tributo e outorga ao contribuinte o direito de, desde logo, não recolhê-lo. Cita o art. 148 do CTN, e jurisprudência do STJ, bem como, diversos julgados do STF, não admitindo a aplicação da pauta fiscal, quando o valor da operação é conhecido e não há comprovação de subfaturamento. O defendente salienta que esta questão já está pacificada nos tribunais superiores, restando a este CONSEF declarar totalmente improcedente a imputação fiscal relativa a este item, pelo absurdo da sua pretensão. O defendente argumenta que base de cálculo do ICMS é matéria de reserva legal da Lei Complementar, e quando esta delegou à lei ordinária a sua fixação e a própria lei diz que o preço sugerido pelo fabricante só poderá ser utilizado desde que, comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído.

Entende que desmoronou completamente os alicerces da construção jurídica perpetrada pelos autuantes por três razões fundamentais: a) o preço de venda do contribuinte substituído não é o preço da tabela da ABCFARMA; b) o Regulamento do ICMS, tampouco o Convênio 76/94, são instrumentos jurídicos legais para fixação de base de cálculo da substituição tributária, principalmente, considerando que os preços praticados ao consumidor final são inferiores à tabela de preços da ABCFARMA; c) não há prova nos autos de que houve subfaturamento do preço das mercadorias, para se abandonar o valor da operação e adotar base de cálculo fixada por pauta fiscal. Prosseguindo, o defendente alega que o autuante equivocou-se ao afirmar que o contribuinte efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, fundamentando-se na determinação incorreta na base de cálculo utilizada para auferir o valor devido. Reitera que a ABCFARMA, é uma entidade que tem a finalidade, apenas, de defender os interesses dos empresários do setor comercial, não detendo legalmente a competência para estabelecer preços máximos sugeridos ao consumidor conforme determinou o fiscal autuante, sendo impróprio admitir que esta entidade pré-estabeleça os valores do PMC dos medicamentos, uma vez que a Lei Complementar n.º. 87/96 determina em seu art. 8º § 3º que em caso de substituição tributária com preço final a consumidor, a base de cálculo será o preço final sugerido pelo fabricante ou importador. Transcreve o mencionado dispositivo legal e diz que foi realizada a apuração da base de cálculo sem respaldo legal.

O defendente apresenta o entendimento de que a fixação da base de cálculo do ICMS com base no PMC, ou na sua falta, com base na MVA, esquivando-se de reconhecê-lo como incidente sobre o real valor da operação, é totalmente ilegal e inconstitucional, tendo em vista que para auferir a base de cálculo do ICMS é preciso considerar, inexoravelmente, o valor da operação e nunca um valor hipotético. Seja pelo PMC, seja pela MVA, quem erra na aplicação da base de cálculo é o autuante e não a defendente, haja vista que a incidência tributária não pode ser aplicada sobre presunção da ocorrência de fato gerador, inclusive já quantificado hipoteticamente. Diz que a utilização do modelo de preço tabelado por autoridade competente somente subsiste legitimamente num regime de alta intervenção estatal na economia, tal como já vigorou no passado com congelamento de preços e controle (CIP, SUNAB, de mais. Salienta que, pelo Princípio da Estrita Legalidade em matéria

base de cálculo do tributo esteja prevista em lei, pois somente esta pode definir os elementos formadores do tributo, quais sejam, fato gerador, base de cálculo, sujeitos passivo e ativo e alíquota. Assim, portarias e convênios, como qualquer outro ato administrativo de categoria jurídica diversa, nunca poderiam ser utilizadas para tal finalidade, qual seja, a de servir de parâmetro para o cálculo do elemento valorativo-econômico do fato gerador (base de cálculo), sobre o qual se aplica a alíquota do ICMS. Neste sentido, reproduz ensinamentos de José Eduardo Soares de Melo e de Roque Carrazza e Geraldo Ataliba. Portanto, o defendente afirma que o regime de pauta fiscal é definitivamente rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias por violar diversos dispositivos legais insertos no CTN, Princípios albergados pela Constituição Federal, além de contrariar a sistemática do ICMS. Diz que o Estado somente poderia desprezar o real valor da operação para fixar outro se fosse inidôneo o documento fiscal, e ainda assim, esse valor deveria ser arbitrado mediante processo regular, à luz do que preceitua o artigo 148 do Código Tributário Nacional. Requer a improcedência da autuação, por entender que a sistemática utilizada pelo autuante na determinação da base de cálculo é ilegal e inconstitucional, por tudo que fora exposto.

O defendente alega, ainda, que o Decreto 7799/00, de 09/05/2000, no seu artigo 3º-A, estabelece que nas aquisições dos produtos relacionados no inciso II do art. 353 do RICMS, por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes, quando feitas diretamente a estabelecimentos industriais, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53% (dezoito inteiros e cinquenta e três centésimos por cento), sem prejuízo da redução prevista no § 2º, do art. 61 do RICMS, de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento). Diz que o parágrafo único do mesmo artigo, preleciona que em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no artigo 3º-A, o contribuinte poderia optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 21% (vinte e um por cento), sobre o valor da aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não fosse inferior a 3,9% (três inteiros e nove décimos por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

O artigo 7º do referido Decreto determina como condição para fruição do benefício ali previsto, a assinatura de Termo de Acordo e Compromisso, a ser firmado pelo Diretor do Departamento de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda e pelo titular do estabelecimento o interessado, no qual seriam estipuladas as condições e procedimentos aplicáveis. Ressalta que o parágrafo único do artigo 7º do Decreto nº 7799/00, estabelece que a assinatura do Termo de Acordo só será permitida a contribuinte que se encontrasse em situação regular perante o fisco estadual. Em 04 de outubro de 2006, foi ouvida a Inspeção da circunscrição do contribuinte e a Gerência de Comércio, tendo estas opinado pela assinatura do Termo de Acordo com o impugnante, considerando que o contribuinte e seus sócios encontravam-se em situação regular junto ao Erário Estadual. Na data acima apontada foi assinado o Termo de Acordo com a SEFAZ, estando, portanto, o contribuinte albergado pela autorização exarada pelo Parecer 11776/2006, para reduzir a base de cálculo do ICMS nas operações de comercialização por ele praticadas, nos termos do Decreto 7799/00, conforme cópia do referido documento acostado ao presente processo. Entretanto, foi exigido imposto na infração 02 sob o argumento de inexistência de Termo de Acordo para albergar as operações do impugnante com redução de base de cálculo. Diz que, restou comprovado o equívoco cometido pela fiscalização devendo este órgão julgador retirar da infração 02, a exigência fiscal relativa aos fatos geradores ocorridos em 31/12/2007 e 31/01/2008, eis que o defendente estava protegido pelo Termo de Acordo previsto no Decreto 7799/00.

Quanto à multa indicada no presente Auto de Infração, o defende absoluta improcedência do Auto de Infração foram aplicadas m

confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte; configurando-se, com esta autuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal. Salienta que as autoridades públicas brasileiras, durante muito tempo, se acostumaram a praticar atos e mais atos em absoluto desacordo com o ordenamento jurídico vigente, em especial em desrespeito às garantias individuais dos cidadãos. Esta época já findou e a prova cabal disto é que com o contencioso administrativo abre-se a oportunidade para que todos possam defender-se perante aquele que pratica o ato. Entende que é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada, nela foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país. Tais multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normal multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito. Diz que, atualmente, já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração. Assim, entende que é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco. Nesse sentido, diz que o Colendo STF é absolutamente explícito em reconhecer a auto-aplicabilidade do princípio da vedação do confisco em se tratando de aplicação de multa moratória fiscal. Afirma que é nítido o caráter confiscatório da multa aplicada, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal. Assim, restando configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, requer a sua correção. O defendente finaliza, apresentando os seguintes pedidos: a) preliminar de nulidade por falta de segurança para se determinar a infração e cerceamento do direito de defesa; b) ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA; c) falta de apresentação das tabelas de preços da ABCFARMA. No mérito, pede o reconhecimento do valor real da operação sobre o valor da pauta fiscal; reconhecimento da autorização da SEFAZ para reduzir a base de cálculo da infração 02; redução ou cancelamento da multa. Requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 783 a 794 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que, ao contrário do que alega a defesa, as mercadorias que estão sujeitas ao regime de substituição tributária, encontram-se perfeitamente identificadas na descrição da infração, quais sejam: os medicamentos e produtos farmacêuticos mencionados no item 14 do Anexo 88, com a redação dada pela Alteração nº 39 (Decreto nº 8435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03) e no anexo único do Convênio ICMS nº 76/94, publicado no DOU de 08/07/94 e modificações posteriores. O autuante assegura que o lançamento de ofício é claro, objetivo e fartamente documentado, devendo ser rejeitada a preliminar argüida. Quanto à segunda preliminar de nulidade referente à ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA, diz que o fabricante ou o importador sugere o preço máximo de venda a consumidor dos seus medicamentos e produtos farmacêuticos, cujos valores são lançados, por força de lei, nas notas fiscais de saídas. Os Estados signatários do Convênio 76/94 estabelecem, na cláusula segunda desse Convênio, com fundamento no parágrafo 3º do artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96, o referido preço como base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária. Assim, a fiscalização e também os contribuintes devem calcular o imposto utilizando o citado PMC. O autuante assegura que a ABCFARMA apenas publica as tabelas com os preços sugeridos pelos estabelecimentos industriais ou importadores; ela não estabelece preços máximos de venda a consumidor, como, equivocadamente, afirma o autuado. Pede que seja rejeitada a preliminar de nulidade analisada. Em relação à terceira preliminar de nulidade, com a alegação de falta de apresentação das tabelas de preços da ABCFARMA, o autuante informa que a partir de 2006, os fabricantes e importadores foram obrigados a lançar nas suas nota PMC dos produtos vendidos. E como não poderia deixar de ser, os

notas fiscais são os mesmos publicados nas revistas da ABCFARMA. Neste caso, assegura que o autuado dispõe de todos os PMCs dos produtos adquiridos, sendo desnecessária a juntada aos autos das mencionadas tabelas. Observa que o autuado valeu-se de tais valores para efetivar os cálculos de apuração do imposto relativo à antecipação tributária de todas as notas fiscais relacionadas na memória fiscal juntada às fls. 693 a 725 do presente PAF. Assim, o autuante pede que seja rejeitada a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito, o autuante contesta a alegação defensiva de que deve prevalecer o valor da operação sobre a pauta fiscal, e de inconstitucionalidade na utilização da mencionada pauta para determinar a base de cálculo do imposto exigido no presente lançamento, contestando também, a alegação de que a multa é confiscatória. Em seguida, o autuante reproduz parte das alegações defensivas e diz que a infração em pauta deve ser dividida em duas partes: 1) Período com Termo de Acordo, previsto no Decreto 7799/00, que vai de 06/11/2006 até 13/12/2007 (demonstrativos de fls. 33 a 120) e de 16/01/2008 a 27/10/2008 (demonstrativos de fls. 134 a 240). Os citados demonstrativos apresentam cálculos efetivados com base no artigo 3º-A e seu § único do Decreto 7799/00. Diz que o autuado não contestou o citado período. 2) Período sem Termo de Acordo, esse contestado pelo autuado, que vai de 14/12/2007 até 16/01/2008 (demonstrativos de fls. 120 a 134). O autuante esclarece que o autuado assinou termo de acordo, para usufruir o benefício de redução de base de cálculo prevista no Decreto 7799/00, no dia 05 de outubro de 2006, conforme cópia de fls. 491/492; no dia 29 de novembro de 2007, foi revogado o mencionado Termo de Acordo, na forma da decisão prolatada pelo Senhor Diretor da DAT/METRO, Antonio Félix Macedo Mascarenhas (cópias juntadas às fls. 493 a 498). O contribuinte foi intimado de tal decisão no dia 14 de dezembro de 2007, e um novo termo de acordo foi assinado no dia 16 de janeiro de 2008, conforme documento juntado às fls. 503/504. Portanto, no período compreendido entre o dia 14 de dezembro de 2007 até o dia 15 de janeiro de 2008 o contribuinte não tinha termo de acordo, não tendo direito aos benefícios previstos no artigo 3º-A e seu § único do Decreto 7799/00, restando-lhe, apenas, a redução de base de cálculo de 10%, prevista no § 4º da cláusula segunda do Convênio 76/94, benefício que lhe foi mantido quando da realização dos cálculos de apuração do imposto a antecipar, conforme pode ser comprovado nos demonstrativos de fls. 120 a 134. O autuante entende que restou provado o acerto da ação fiscalizadora, devendo ser mantida, em todos os seus termos a infração nº 02. Diz que as infrações apuradas resultam da correção de erros cometidos pela autuada ao efetivar os cálculos da antecipação; que foi utilizada a memória de cálculo produzida pela empresa, com base na qual esta efetivou o recolhimento que entendia estar correto. Ao comparar a referida memória de cálculo, cujas cópias encontram-se às fls. 693 a 725, com os demonstrativos produzidos pelo autuante constatou que os valores lançados nas duas tabelas de cálculos coincidem numa proporção considerável, fortalecendo o acerto do método utilizado e esclarecendo, ao mesmo tempo, a razão pela qual a autuada utilizou-se de uma contestação indireta, por reconhecer que seria contraditório atacar um trabalho similar àquele por ela produzido. Finaliza, assegurando que o presente Auto de Infração está revestido de todas as formalidades legais, sendo claro e objetivo, bem como fartamente documentado. Requer aos julgadores que o mantenham, em todos os seus termos o presente Auto de Infração, rejeitando as preliminares e o pedido de diligência requeridos pelo autuado.

À fl. 798 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à GERSU para análise quanto ao método de apuração da base de cálculo adotado pelo autuante, se está de acordo com a legislação que rege a matéria, ou seja, nos moldes estabelecidos no Convênio ICMS 76/94. Foi solicitado também, que fosse esclarecido se foi observado o Termo de Acordo referente ao Decreto 7.799/00, no cálculo do imposto exigido no presente lançamento.

Após o cumprimento da diligência solicitada, que o presente processo fosse encaminhado à Infaz de origem para o autuante tomar conhecimento, e o sujeito passivo fosse comunicado quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe no ato da intimação

documentos acostados aos autos, com a indicação do prazo de dez dias para o defendente se manifestar, querendo.

Em atendimento ao solicitado, foi informado à fl. 800 e verso que a Portaria 37, de 11/05/1992, estabeleceu condições para comercialização dos produtos farmacêuticos da linha humana, classificando-os em termos de política de preço no inciso III do art. 3º e no inciso II do art. 4º da Portaria nº 463, de 06/07/1991. Em seguida, foram apresentados comentários em relação à Portaria Federal 37/92 e Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, sendo mencionado, também, o Ajuste SINIEF 12/03, publicado no DOU de 17/12/03. Na conclusão, foi informado que o autuante observou a legislação emanada do Convênio ICMS 76/94 e que em relação à redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00 (infração 02), o autuante, considerou na sua planilha de cálculo, exceto no período de 14/12/2007 a 15/01/2008, tendo em vista que o autuado teve o seu Termo de Acordo cassado no período considerado. Juntou cópia da legislação pertinente à matéria tratada no presente PAF.

Foi expedida intimação ao autuado (fl. 813), acompanhada de cópia do Parecer da GERSU e demais documentos acostados aos autos (fls. 800 a 811), mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente.

VOTO

Inicialmente, o autuado suscita nulidade da autuação alegando falta de clareza e precisão da imputação fiscal, dizendo que não identificou na descrição da infração e nos demonstrativos elaborados pelo autuante, quais as mercadorias que estão sujeitas ao regime da substituição tributária, por isso, entende que não se poderia responsabilizar o impugnante por sujeição passiva, em relação às operações subseqüentes. Entretanto, constato que na descrição da infração foram indicadas as folhas onde se encontravam o levantamento fiscal e os documentos que embasaram a exigência fiscal, e nos demonstrativos elaborados pelo autuante consta uma coluna destinada à descrição do produto. São produtos farmacêuticos, mercadorias que estão sujeitas ao regime da substituição tributária, de acordo como o Convênio ICMS 76/94, encontrando-se no item 14 do Anexo 88 do RICMS/97 a indicação “produto farmacêutico” para efeito de antecipação ou substituição tributária, salientando-se que de acordo com o recibo à fl. 728 dos autos, o autuado recebeu cópias dos demonstrativos elaborados pelo autuante. Portanto, inexistente a ilegitimidade alegada pelo defendente.

Na segunda preliminar, o autuado alegou ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecer preços máximos de venda sugeridos ao consumidor. Diz que a ABCFARMA não é fabricante, nem importador, nem tampouco entidade que representa os fabricantes, não estando amparada legalmente para estabelecer preços. Afirmar que o autuante deveria anexar a lista de preços sugeridos ao consumidor de cada laboratório fabricante, e que o Convênio e a legislação baiana não se referem a tabela de preços da ABCFARMA, ANVISA ou qualquer outra, como critério na apuração da base de cálculo do ICMS.

No caso dos medicamentos, o cálculo da substituição tributária é feito com base nas regras fixadas por meio do Convênio ICMS 76/94, constando na Cláusula segunda que a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda ao consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

A Lei 7.014/96, art. 23, §§ 2º e 3º, também estabelece que, em se tratando de substituição tributária, a base de cálculo para mercadorias cujo preço final ao consumidor seja fixado por órgão público, quando não for estabelecido pelo órgão competente, poderá ser o preço final fixado ou sugerido pelo fabricante.

Por sua vez o § 26 do art. 219 do RICMS/BA, estabelece:

Art. 219

...

§ 26. A Nota Fiscal emitida por fabricante, importador ou distribuidor, relativamente à saída para estabelecimento atacadista ou varejista, dos produtos classificados nos códigos 3002, 3003, 3004 e 3006.60 da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado - NBM/SH, exceto se relativa às operações com produtos veterinários, homeopáticos ou amostras grátis, deverá conter, na descrição prevista na alínea “b” do inciso IV deste artigo, a indicação 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.

Saliento que as tabelas de preços de medicamentos publicadas periodicamente são válidas, os preços são originários de informações dos fabricantes e na prática, o comerciante varejista não adota preço superior ao sugerido pelo fabricante. Dessa forma, os preços publicados em revistas, a exemplo da ABIFARMA, ABCFARMA e ABAFARMA. Estas revistas são utilizadas em todo o Brasil, são produzidas e publicadas para conhecimento de todos, distribuidores, consumidores, entidades governamentais, encontrando-se inclusive em balcões de farmácias e drogarias, e o Fisco utiliza-se desse material por entender que essas tabelas prevalecem, por se constituírem fonte que merecem credibilidade, haja vista que são indicados, inclusive, nas notas fiscais de vendas emitidas pelos fabricantes. Por isso, não são desconhecidos pelo defendente.

A terceira preliminar se refere à falta de apresentação das tabelas de preços da ABCFARMA, tendo sido alegado pelo contribuinte que o autuante não entregou ao recorrente as tabelas de preços em meios magnéticos, e que o fiscal deveria acostar aos autos ou entregar ao recorrente todas as tabelas de preços relativas ao período fiscalizado. Quanto a esta alegação, o autuante esclareceu na informação fiscal que a partir de 2006, os fabricantes e importadores foram obrigados a lançar nas suas notas fiscais de saídas o valor do PMC dos produtos vendidos. E como não poderia deixar de ser, os valores de PMC lançados nas notas fiscais são os mesmos publicados nas revistas da ABCFARMA. Neste caso, assegura que o autuado dispõe de todos os PMCs dos produtos adquiridos, sendo desnecessária a juntada aos autos das mencionadas tabelas. Observa que o autuado valeu-se de tais valores para efetivar os cálculos de apuração do imposto relativo à antecipação tributária de todas as notas fiscais relacionadas na memória fiscal juntada às fls. 693 a 725 do presente PAF.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, considerando que o procedimento fiscal foi desenvolvido de acordo com as normas regulamentares, sendo indicados os dispositivos da legislação não observados pelo autuado, e não implicariam nulidade do Auto de Infração em caso de eventual erro na indicação de dispositivo regulamentar infringido, haja vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal e o autuado entendeu a autuação fiscal, se defendeu citando os fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração. Ademais, que não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do RPAF/99, para determinar a nulidade da autuação fiscal.

No mérito, o Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por falta de pagamento do imposto (infração 01) e por recolhimento efetuado a menos (infração 02) sobre mercadorias enquadradas na substituição tributária (medicamentos), adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

Em sua impugnação, o autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, tendo alegado que deve prevalecer o valor real da operação. Diz que a b: pode ser superior ao valor da efetiva venda e que a sua não obs

inconstitucionalidade do tributo. Lembra que a base de cálculo do ICMS é matéria de reserva legal.

Observo que no caso dos medicamentos, o cálculo da substituição tributária é feito com base nas regras fixadas por meio do Convênio ICMS 79/94, tendo a sua cláusula segunda a seguinte redação:

“Cláusula segunda. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária 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.

§ 1º Inexistindo o valor de que trata o “caput” a base de cálculo será obtida, tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas a seguir apresentadas”

Na apuração do débito efetuada pelos autuantes, foram indicados os dados relativos ao número e valor de cada NF, o fornecedor, o Estado de origem da mercadoria, a descrição do produto, a quantidade, preço máximo ao consumidor, sendo considerados os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais objeto da autuação.

Considerando que a matéria objeto da autuação foi questionada pelo contribuinte, que apresentou o entendimento de que o autuante não poderia se valer da tabela divulgada pela ABCFARMA, por não se tratar de entidade representativa da atividade desenvolvida pela empresa autuada, esta 3ª JJF, converteu o presente processo em diligência à GERSU para análise e orientação quanto ao método de apuração da base de cálculo adotado pelo autuante.

Em atendimento ao solicitado, no Parecer da GERSU à fl. 800 foi efetuada uma análise da legislação pertinente à matéria, inclusive sobre a forma de definição do preço fábrica e preço máximo ao consumidor, e a obrigatoriedade constante no § 26 do art. 219 do RICMS/BA, quanto à indicação na Nota Fiscal emitida pelo fabricante, importador ou distribuidor do valor correspondente ao preço constante na tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor, tendo sido informado no referido parecer, que o autuante observou a legislação emanada do Convênio ICMS 76/94 e que em relação à redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00 (infração 02), o autuante, considerou na sua planilha de cálculo, exceto no período de 14/12/2007 a 15/01/2008, tendo em vista que o autuado teve o seu Termo de Acordo cassado no período considerado.

Vale salientar, que foi expedida intimação ao autuado (fl. 813), acompanhada de cópia do Parecer da GERSU e demais documentos acostados aos autos (fls. 800 a 811), mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente.

Constato que, apesar de o autuado impugnar a exigência fiscal, não foi acostado aos autos pelo defendente qualquer elemento para contrapor os valores apurados no levantamento fiscal, e de acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal” (art. 143 do RPAF/99).

Considerando que a irregularidade apurada não foi elidida pelo contribuinte, concluo que é devido o ICMS por antecipação, conforme apurado pelo autuante.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206855.0011/09-9**, lavrado contra **UNIÃO FARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.211.699,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA