

PROCESSO - A. I. Nº 299166.0378/08-8
RECORRENTE - CELLOFARM LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0033-05/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 17/03/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0029-11/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR RETENÇÃO NA FONTE (PRODUTOS FARMACÊUTICOS) DERIVADA DE ACORDO INTERESTADUAL REALIZADA POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL/FABRICANTE LOCALIZADO EM ESTADO SIGNATÁRIO DO REFERIDO ACORDO (ESPÍRITO SANTO). ESTABELECIMENTO REMETENTE RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NAS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES NO ESTADO DA BAHIA. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste, aquele correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Sendo o estabelecimento industrial/fabricante de produtos farmacêuticos o responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes a serem realizadas no Estado de destino dos referidos produtos, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, conforme determinação da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, descabe falar em ilegitimidade passiva do autuado. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JF Nº 0033-05/10, a qual, unanimemente, julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 07/08/2008, para cobrar ICMS, no valor de R\$40.525,02, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes de produtos farmacêuticos, no Estado da Bahia.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação (fls. 49 a 62), sendo que a 4ª JF, através do Acórdão nº 0031-04/09, julgou nulo o lançamento fiscal, por ilegitimidade passiva, recorrendo de ofício, de acordo com a legislação, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, ao julgar o Recurso de Ofício, anulou a Decisão de 1º grau (acórdão CJF número 0093-11/09), definindo que o processo retornasse à primeira instância, para que se determinasse à INFAZ a entrega dos documentos de fls. 13 e 14 ao sujeito passivo,

reabrindo-lhe o prazo de 30 dias para defesa e, após, fossem devolvidos os autos ao CONSEF, para que a JJF proferisse novo julgamento, apreciando o mérito.

Em atendimento a tal Decisão, a 5ª JJF, à fl. 127, converteu o processo em diligência à IFMT Metro, para dar ciência ao sujeito passivo dos documentos de fls. 13 e 14, com reabertura de prazo para defesa e correlata informação fiscal.

Intimado, o sujeito passivo, apresentou nova impugnação (fls. 138 a 165), enquanto o autuante, às fls. 222/223, renovou a informação fiscal de praxe.

Prosseguindo, a JJF, de plano, afastou a preliminar de nulidade suscitada, por entender inexistente amparo fático-jurídico aos argumentos pertinentes aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, porquanto exposto, com clareza, pelo autuante, a fundamentação de fato e de direito, descrita a infração e fundamentada com a indicação dos fatos, documentos e supedâneo jurídico.

Ademais, aduziu que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a qualquer outro de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os atinentes ao Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observados os direitos à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente configurados pelos aspectos abordados na impugnação, como também pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

No que tange ao mérito, a JJF, após transcrever trechos do acórdão CJF Nº 0093-11/09 e os artigos 10, 11, da Lei nº 7.014/96, 102 e 199 do CTN, visando deixar bem claras as questões levantadas na impugnação, concluiu não assistir razão ao sujeito passivo quando alegou inexistirem normas legais a fundamentar o presente ato administrativo, porquanto os Convênios citados, ratificados na forma da Lei, obrigam os contribuintes.

De igual sorte, no tocante à determinação da base de tributação, carecem de fundamento as alegações defensivas, posto que não foi constituída mediante arbitramento, mas, de acordo com o provisionamento da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, sendo a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta dele, aquele correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Também não houve cobrança de imposto pago a menos, mas lançamento de ofício do valor total do ICMS devido por substituição tributária, não destacado no documento fiscal de fl. 06.

Em alusão à suposta ilegitimidade de parte, asseverou a JJF que a cláusula primeira do precitado Convênio estabelece que nas operações com os produtos relacionados no seu Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Daí decorre a atribuição, ao estabelecimento autuado, que é industrial fabricante, da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes, determinação expressa na regra dos arts. 370 e 373 do RICMS/BA.

Logo, em revisão do entendimento esposado na primeira Decisão, se posicionou a JJF no sentido de que o estabelecimento autuado era sujeito passivo por substituição tributária, a ele devendo ser atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes no Estado da Bahia, posto que o Convênio ICMS 81/93, ao estabelecer normas gerais a serem aplicadas no regime de substituição tributária, estatuiu ser o sujeito passivo aquele definido no protocolo ou convênio que trata da mercadoria.

Ressaltou, ademais, que a atribuição de responsabilidade supletiva (do adquirente) somente se faria se esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, na forma do art. 125, inciso II, alínea “i”, item 1, c/c o seu § 1º, do RICMS/BA.

No caso, sendo o estabelecimento industrial/fabricante de produtos farmacêuticos, resta configurado como responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes a serem realizadas no Estado de destino dos referidos produtos, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, conforme precionamento inscrito na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, nesse passo, descabendo se cogitar de ilegitimidade passiva do autuado.

De outra parte, afirmou a Instância de piso que a regra contida no art. 3º, A, do Decreto nº 7.799/00, viabilizadora da redução da base de cálculo para fins de antecipação do ICMS nas operações de aquisição de produtos elencados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, não se aplica ao caso concreto, porque se reporta às operações internas realizadas por atacadistas localizados na Bahia, e o autuado é industrial e situado no Estado do Espírito Santo, sendo inaplicável a cláusula 5ª, inciso I, do Convênio ICMS 81/93, que estabelece que *“a substituição tributária não se aplica às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria”*.

Diante das razões alinhadas, decidiu pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 242/261), objetivando a reforma do Julgado.

Inicialmente, arguiu a nulidade do Auto de Infração, decorrente da ausência de subsunção do fato à norma, bem como cerceamento de direito de defesa, alegando que a Decisão recorrida não enfrentou, de forma específica, a questão, pois o argumento da JJF para afastar a pretensão do recorrente, *“aplica-se a qualquer situação fática-modelo, desde o reclamo de diferença do ICMS/ST, relativamente a medicamentos, tal como é o caso presente, até IPVA”*.

Aduziu que, em momento algum, o aresto hostilizado manifestou-se sobre suas assertivas, ressaltando que não foi citado sequer um único dispositivo da legislação baiana desatendido pelo autuado, além do que o enquadramento legal da infringência se encontrava restrito à menção de simples norma de Convênio ICMS 76/94.

Entendeu que os convênios e protocolos não criavam direitos e obrigações para os contribuintes, invocando a teoria do jurista Aliomar Baleeiro de que *“são apenas arranjos administrativos”* objetivando a uniformização de regras a serem observadas pelos estados.

Afirmou que a obrigação do contribuinte é a legislação decorrente de convênios ou protocolos referendados pelo Poder Legislativo de cada unidade federada.

Adentrando ao mérito, sustentou ser patente a ilegitimidade do recorrente para figurar no polo passivo do lançamento de ofício, por ter recolhido aos cofres públicos, a título de ICMS/ST, o valor devido – apurado segundo a metodologia do valor agregado – não havendo razão para o reclamo da diferença, calcada em pauta de valores fiscais, visto como os produtos fabricados pelo recorrente não se destinavam à venda em balcão.

Sobre o tema, transcreveu Resolução da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamento – CMED.

Disse ser a base de cálculo utilizada pelo Fisco (PMC), *“nas vendas glosadas”*, relativa à venda para consumidor final, o que não lhe pode ser aplicado, pois comercializa quase que exclusivamente com hospitais e distribuidores, afirmando que a venda direta a farmácias ou balcão é situação fática estranha ao campo de atuação da Cellofarm Ltda.

Asseverou que os preços finais nas vendas para atividades hospitalares – para efeito de substituição tributária - não poderiam ser outros além daqueles praticados na operação, muito menor do que o praticado nas vendas dirigidas ao varejo, farmácias, drogarias, etc.

Destacou que os produtos não são destinados ao consumo, não podendo ser ministrados sem a supervisão de profissional da área médica e que nos seus fornecimentos a pacientes não incide o imposto.

Também sustentou que a recorrida desconsiderou a base de cálculo do imposto para efeito de substituição tributária utilizada pelo recorrente, nas vendas a não varejo, apurada com utilização do método do valor agregado, fatos que demonstravam ter o Fisco optado pela utilização da técnica de arbitramento, admitido apenas em casos especialíssimos, devidamente elencados no artigo 148 do CTN.

Ainda argumentou não restar dúvida de que a base de cálculo eleita pela Fiscalização dizia respeito à etapa posterior do tráfego negocial, ou seja, para venda no varejo ao consumidor.

Reproduziu Decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, abordando a questão da “pauta fiscal” e inexistência de preço máximo de venda ao consumidor.

Por fim, defendeu que, se existente diferença no pagamento do ICMS/ST, deveria, como “decidido pela 5ª JF”, ter sido reclamado do distribuidor e não do estabelecimento industrial, ora recorrente, o qual recolheu o imposto corretamente, segundo metodologia própria, prevista em lei.

Requeru a reforma do acórdão proferido pela 5ª JF, para reconhecer a nulidade do lançamento do Auto de Infração, quer pelas preliminares arguidas, quer pelo mérito, inexistindo diferença alguma a ser recolhida a título de ICMS/ST.

Encaminhados os autos para análise da PGE/PROFIS, a qual, à fl. 265 do PAF, entendeu que os autos deveriam ser remetidos para a ASTEC, objetivando a emissão de Parecer técnico elucidativo, acerca da metodologia adotada na apuração da base de cálculo e a venda de medicamentos de uso exclusivo para hospitais.

Analisado o processo, em pauta suplementar do dia 28/07/2010, decidiu a 1ª CJF, por unanimidade, não acatar a proposição de diligência, por entender se encontrar o PAF devidamente instruído das provas documentais necessárias para o deslinde da matéria em discussão, sob os fundamentos adiante discriminados:

- 1) conforme a informação fiscal (fls. 222 e 223) e documentos anexados às fls. 8 a 14, verifica-se que a base de cálculo foi apurada com base nos preços máximos de venda ao consumidor, segundo (PMC) constantes em tabela da ABC-Farma;
- 2) quanto a venda para hospitais, o autuado, apesar de suscitar o ponto, não trouxe nenhuma prova aos autos.

Diante dessa conclusão, retornou o PAF à Procuradoria, visando à emissão de Parecer conclusivo, o qual foi emitido pela ilustre representante, Drª Maria José Coelho Sento-Sé, às fls. 269 a 272, na linha do Não Provimento do Recurso Voluntário, por conseguinte mantendo a Decisão recorrida, sob o fundamento de que ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão farpeado.

Outrossim, destacou que falecia amparo legal a arguição de ilegalidade da base de cálculo, bem como não ter o sujeito passivo colacionado ao feito, provas materiais que comprovassem a venda de medicamentos de uso exclusivo hospitalar.

VOTO

Versa o Recurso Voluntário sobre as razões da irrisignação do autuado com a Decisão de primeira instância referente ao Auto de Infração supra identificado, onde se exige ICMS no valor total de R\$40.525,02, acrescido de multa de 60%, em face da falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes de produtos farmacêuticos, no Estado da Bahia.

Consoante detalhadamente relatado, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente a autuação, sendo as razões recursais uma repetição dos argumentos apresentados na impugnação, inclusive reiterando diversas preliminares de nulidades.

A questão prévia suscitada pelo recorrente alusiva à ausência de citação de dispositivo da legislação baiana, por parte da Decisão hostilizada, encontrando-se o enquadramento legal restrito à citação do Convênio ICMS 76/94, não tem nenhuma plausibilidade, na medida em que o decisório aborda, embora de forma abrangente, claramente, a legalidade do lançamento, apresentando-se desnecessário que o julgador tenha que se restringir a não utilização de “situação fática- modelo” ao enfrentar as assertivas do recorrente.

Da mesma forma, é insustentável a tese de desqualificar a eficácia legal do “Convênio” dentro da legislação tributária, porquanto seu fundamento legal se encontra nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional, sendo o instituto da substituição tributária, no âmbito do ICMS, regido, nas operações interestaduais, pelos convênios e protocolos firmados pelas unidades federativas para tal fim, estando a operação objeto da autuação amparada nas regras do Convênio ICMS 76/94.

Ressalte-se, por oportuno, que o próprio CTN previsional a legalidade do Convênio no universo da legislação tributária, ao dispor no seu artigo 100, inciso IV, textualmente:

“São normas complementares das leis, dos tratados, das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

IV- Os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.”

Finalizando o posicionamento da eficácia do Convênio, válido, também, invocar, reportando-me à legislação do Estado da Bahia, os artigos 10 e 11 da Lei nº 7.014/96, *verbis*:

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

(...)

Art. 11. Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento.

Por outro lado, as alegações ditas de “mérito”, referentes à patente ilegitimidade do recorrente para figurar no polo passivo do lançamento de ofício, louvo-me de trecho do Acórdão nº 0093-11/09, da lavra da ilustre Conselheira Sandra Urania Silva Andrade (fls. 109/114 do presente PAF), agora adotado como fundamento para esta Decisão de inacolhimento dos argumentos defensivos:

“(...)

Por sua vez, o referido Convênio ICMS 76/94, em sua Cláusula Primeira, determina que “Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.”

Assim, sendo o estabelecimento autuado industrial fabricante - como por ele mesmo afirmado na sua impugnação e consta nos cadastro da SEFAZ referente à inscrição estadual de contribuinte substituto de nº 55749587 (fls. 51 e 87, respectivamente) - nos termos da cláusula citada, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subseqüentes é a ele atribuída, determinação corroborada pela regra disposta nos arts. 370 e 373 do RICMS/BA, abaixo transcritos:

“Art. 370. Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nesta subseção e nos convênios e protocolos (Anexo 86) para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas (Conv. ICMS 81/93).”

“Art. 373. Nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela

retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição (Conv. ICMS 81/93).” Grifos nossos.

A possibilidade de atribuição da responsabilidade pelo recolhimento do imposto não retido pelo autuado ao estabelecimento destinatário somente pode ser realizada dentro das determinações estatuídas pela legislação baiana, especificamente as previstas nos arts. 372, nos seus incisos II e III e no seu §3º, incisos I a III, que abaixo transcrevemos:

“Art. 372. Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, relativamente à espécie de mercadorias adquiridas:

I - o ICMS a ser retido será calculado com a aplicação do percentual da margem de valor adicionado (MVA) previsto no acordo interestadual, sendo que, se o percentual estabelecido no acordo interestadual for inferior ao previsto na legislação interna, o adquirente ficará obrigado a fazer a complementação do imposto;

II - o adquirente ficará obrigado a efetuar a complementação do imposto, caso o remetente tenha feito a retenção em valor inferior ao devido, na hipótese do parágrafo único do art. 357;

III - não tendo o remetente efetuado a retenção, será exigido o imposto nos termos do item 1 da alínea “i” do inciso II do art. 125.

§ 3º Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas a substituição tributária por força de convênio ou protocolo, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, observado o seguinte:

I - se o imposto não for retido ou recolhido antecipadamente, o tributo será exigido na fronteira, atribuindo-se a responsabilidade ao remetente (art. 125, II, “b”);

II - quando a retenção do imposto for feita sem a inclusão, na base de cálculo, dos valores referentes a frete e seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, caberá ao destinatário recolher o imposto sobre as referidas parcelas (art. 357, parágrafo único, e art. 125, I, “c”);

III - sempre que, esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, essa cobrança se tornar impossível, adotar-se-ão as providências previstas no § 1º do art. 125.” Grifos nossos.

Extrai-se, assim, da leitura dos referidos dispositivos que a atribuição de responsabilidade ao adquirente pelo imposto **não retido** ou **retido em valor inferior ao estabelecido no acordo** - pelo estabelecimento remetente - a quem o acordo interestadual atribui à condição de sujeito passivo por substituição - somente ocorrerá de forma supletiva. Já se o imposto for recolhido a menos pelo sujeito passivo por substituição **pelo fato da MVA estipulada no acordo ser inferior à prevista na legislação interna ou pela não inclusão na base de cálculo dos valores relativos a frete ou seguros** (parágrafo único do art. 357) a exigência da diferença do imposto será feita diretamente ao adquirente, por antecipação, na entrada no território deste Estado, como determina o art. 125, II, alínea “i”, itens 2 e 3, do mesmo diploma regulamentar.

Do exposto, apenas é exigido o imposto do adquirente da mercadoria - não retido pelo remetente - através de atribuição de responsabilidade supletiva, o que somente se fará quando esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, no caso, o estabelecimento autuado, na forma do art. 125, inciso II, alínea “i”, item 1, combinado com o seu § 1º, do RICMS/BA, abaixo transcrito:

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

i) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuá-la em valor inferior ao estabelecido no acordo, observado o disposto no § 1º;

§ 1º Nas aquisições, de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma do item 1 da alínea “i” do inciso II, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, sendo que:

I - só deverá ser adotado este procedimento após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente:

a) pela Procuradoria da Fazenda, no processo originário, quando se tratar de matéria afeta ao Poder Judiciário;

b) pelo Auditor Fiscal, nos demais casos;

II - a atribuição da responsabilidade supletiva ao contribuinte substituído, de que cuida este parágrafo, implica a desistência, por parte da fazenda pública estadual, da cobrança do imposto do sujeito passivo por substituição;

*III - iniciado o procedimento fiscal, o Auditor Fiscal anexará o processo originário à Notificação Fiscal, a menos que o mesmo tenha sido incorporado fisicamente ao processo judicial ou requisitado por autoridade do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo.”. **Grifos nossos.**”*

Tangente a arguição, por parte do recorrente, da ilegalidade da metodologia utilizada pelo autuante na formação da base de cálculo para determinação do valor a ser exigido para a imputação, de igual sorte, não pode prosperar.

Da análise dos documentos que instruem a autuação (fls. 8 a 14) e da informação fiscal (fls. 222/223), resta, sem sombra de dúvidas, que a formação da base de cálculo para a infração atendeu plenamente ao estabelecido na legislação pertinente, a qual, repita-se, tem suporte legal no Convênio ICMS 76/94, que, na sua cláusula segunda, determina: “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.”

Por conseguinte, ao se embasar nos Preços Máximos a Consumidor - PMC constantes da Tabela ABC-FARMA, diga-se de passagem, muito próximos aos PMC's indicados pelo recorrente (estabelecimento industrial) na sua nota fiscal de venda dos medicamentos, objetos da ação fiscal, o autuante agiu corretamente e amparado pelos ditames legais.

Destaco que o contribuinte, apesar de alegar, insistentemente, ser fornecedor, em quase sua totalidade para hospitais e distribuidores, objetivando negar a característica de venda para varejo dos medicamentos apreendidos, os quais, conforme descrito na nota fiscal, estão acondicionados em embalagens de 10, 16 e 20 comprimidos, desconfigurando a embalagem hospitalar ou “a granel”, não anexou ao feito qualquer elemento informativo capaz de fornecer suporte à sua assertiva.

Por outro lado, o autuante demonstrou, na procedimentalidade, fls. 8 a 14, de maneira clara, precisa e legal, como procedeu para constituição da base de cálculo, sendo completamente descabidas as asserções do recorrente de ter sido ela constituída mediante a utilização de “Pauta Fiscal” e com o Recurso do expediente do arbitramento.

Por último, para que nada passe sem apreciação, o sujeito passivo ao sustentar a cobrança de diferença do imposto, por ele já recolhido a menos, por ter se utilizado do MVA para determinação da base de cálculo, incorreu em erro de entendimento, visto que o lançamento fiscal não se refere à cobrança de imposto pago a menos, mas sim, a lançamento de ofício do valor total do ICMS, devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Frise-se que a Nota Fiscal nº 046.375 (fl. 06), que originou a ação fiscal, não traz no seu corpo nem nos campos destinados ao destaque do ICMS/ST, qualquer informação ou valor destacado para recolhimento.

Em suma, o Recurso Voluntário não traz à apreciação desta CJF qualquer fato novo, real e concreto, apresentando-se como uma repetição, *ipsis litteris*, da impugnação inicial, na medida em que se encontra o feito desacompanhado de prova documental robusta, capaz de sustentar as arguições do recorrente e promover alguma alteração no julgamento da lide.

Do exposto, com supedâneo nos elementos informativos constantes dos autos, considero incensurável a Decisão proferida pela 5ª JJF, confirmando-a integralmente, por se encontrar em estrita consonância com os ditames legais, sendo o meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **299166.0378/08-8**, lavrado contra **CELLOFARM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$40.525,02**, acrescido da multa de 60%, prevista nos inciso II, alínea “e”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

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