

PROCESSO - A. I. N° 282219.1201/07-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. (MULTIMED EXPRESS)
RECORRIDOS - MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. (MULTIMED EXPRESS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0241-02/10
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09/05/2011

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0079-11/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Refeitos os cálculos, ainda em sede de Primeira Instância. Infrações parcialmente subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b”, item 1, do RPAF/99, interpostos, respectivamente, pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF n° 0241-02/10 - lavrado para imputá-lo o cometimento de 2 infrações, objeto de ambos os Recursos, abaixo transcritas:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.009.013,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2002.
2. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$910.975,25, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2002.

O Relator da JJF em seu voto, inicialmente, rechaçou a arguição de constitucionalidade do Auto de Infração, ressaltando que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual se absteve de manifestação a respeito. Ainda, em preliminar, também rechaçou a preliminar de nulidade do Auto de Infração sob a alegação de cerceamento ao direito de defesa, asseverando que nos autos encontram-se claramente identificados os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, consignando, ainda, que no corpo do Auto de Infração estão descritos claramente os fatos considerados como ilícito tributário e todos os anexos ao Auto de

Infração, descritos pelos autuantes, inclusive documentos que foram recebidos pelo próprio autuado. Informa, ainda, que foram realizadas três diligências fiscais, razão pela qual não vê necessidade de uma nova diligência a ser realizada pela ASTEC, como solicitado pelo sujeito passivo, indeferindo-a com fulcro no art. 147, I, "a" do RPAF/99.

No mérito, informou em inicial que o sujeito passivo exerce a atividade de comércio atacadista de medicamento e drogas de uso humano, sujeitando-se às normas da substituição tributária relativas às operações com produtos farmacêuticos, inclusive nas aquisições de tais produtos em operação interestadual junto a estados não signatários do Convênio ICMS 76/95, caso dos autos, por se tratar de aquisições feitas no Estado de São Paulo, hipótese em que a legislação determina ser ele o responsável pela antecipação do imposto devido, nos termos do art. 371 do RICMS.

Aduziu que o sujeito passivo apresentou cinco manifestações e, igualmente, os autuantes se manifestaram cinco vezes, prestando informação ou realizando diligências, tendo acatado diversos documentos apresentados pela defesa, resultando na redução do débito originalmente autuado de R\$ 1.919.988,38 para R\$501.933,56.

Aduziu, ainda, que o impugnante, após receber cópia dos resultados das informações fiscais e diligências, com seus respectivos demonstrativos e levantamentos, continuou questionando o imposto remanescente, alegando, às fls. 933 a 939 e 1.053 a 1.058, que teria efetuado o recolhimento do imposto relativo às notas fiscais que cita, através do Auto de Infração nº 210432.0003/06-0, argumento que rechaça, asseverando que o Auto de Infração objeto da presente lide se reporta aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2002, e o Auto de Infração citado reporta-se aos fatos geradores ocorridos no período 12/2004 a 03/2005 e 06/2005 e 07/2005, conforme consta do voto consignado no ACÓRDÃO JJF Nº 0150-03/08, proferido no referido lançamento.

Também rechaçou a JJF o argumento defensivo de que parte do débito relativo a outras notas fiscais, que relaciona, teria sido quitado mediante o Auto de Infração 206930.0003/03-8, asseverando que, apesar de se tratar de falta de recolhimento do ICMS por antecipação e ter coincidência em parte do período autuado, pois se refere ao período de janeiro a novembro de 2002, as notas fiscais citadas não constam do referido levantamento.

Quanto à alegação defensiva de que os produtos constantes das Notas Fiscais nºs 26519, 26696, 26708, 165583, 26823, 26963, 27048, 27099, 27197, 27199, 27206, 27211, 27559, 27639, 171405, 28114, 28284, 28395, 28466, 28540, 28666, 28699, 28748, 28788, 28949, 28966, 187875, 29242, 29286 29288 e 195029, são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente, não a acolheu, ressaltando que os produtos constantes das citadas notas fiscais, cujas cópias encontram-se acostadas ao PAF às folhas 87, 88, 89,90, 111, 112, 113, 114, 116, 387, 118, 120, 644, 144, 145, 656, 657, 147, 148, 152, 153, 154, 176, 401, 403, 405, 177, 178, 207, 208, 209, 224, 225, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 252, 255, 584, 283, 284 e 285, possuem a classificação fiscal NBM/SH, prevista no Convênio ICMS 76/94, com a redação da época dos fatos geradores, estando enquadrados na substituição tributária.

Relativamente à alegação de que o imposto relativo às Notas Fiscais nºs 83.129 e 86.265 foi pago, consignou que caberia ao impugnante ter apresentado cópia dos DAE's para comprovar os recolhimentos dos referidos valores objeto da autuação.

Quanto ao medicamento EPREX, Notas Fiscais nºs 206221 e 228243, ressaltou o Relator que em pesquisa realizada no site *Folheto.net*, verificou que o referido medicamento não se caracteriza como produto quimioterápico, pois a isenção somente ocorre quando usados no tratamento do câncer, conforme inciso IV, Art. 17 do RICMS/BA.

No que se reporta à contestação do sujeito passivo quanto à MVA aplicada pelos autuantes, afirmou que a mesma foi corretamente aplicada, pois o Convênio ICMS 76/94 determina no parágrafo primeiro da Cláusula segunda que a base de cálculo do ICMS-ST, quando não utilizado o PMC, será a aplicação da MVA cuja alíquota depende das listas negativa, positiva ou neutra, tendo esclarecido os autuantes na informação fiscal de fls. 1.000 e 1.001 e anexos às folhas 1.002 a

1.032, a forma de obtenção da base de cálculo e do consequente imposto devido, inserindo-se nas planilhas anexadas aos autos, as colunas identificadoras que trazem todas as informações necessárias a tal apuração, levantamentos que foram entregues ao sujeito passivo. Consignou, ainda, que as mercadorias objeto do presente Auto de Infração foram todas da Lista Neutra do Convênio ICMS 76/94, baseado em planilhas entregues pelo próprio autuado nos demonstrativos do cálculo da Antecipação Tributária.

Ressaltou que o percentual de 10,75% de repasse alegado pelo contribuinte em sua impugnação destina-se a equalizar as diferentes alíquotas existentes nas diferentes unidades da Federação quando se toma por base, exclusivamente, o Preço Fábrica dos Laboratórios, e que, no presente caso, tomou-se para base de cálculo o preço da operação como visão conservadora no intuito de não prejudicar o contribuinte, tendo em vista existir desconto de até 60%, concedido nas notas fiscais, como bem ressaltaram os autuantes.

Assim, concluiu a JJF que “...deve ser acatado o resultado da diligência fiscal realizada às folhas 705 a 707, que concluiu pelas exclusões de diversas notas fiscais, pois foram comprovadas mediante documentos fiscais acostados pela defesa, os quais foram conferidos e acatados parcialmente pelo preposto fiscal.... Logo, as infrações 01 e 02 restaram parcialmente caracterizadas, nos valores respectivos de R\$ 462.501,70 e R\$ 39.431,86, conforme valores mensais constantes às folhas 706 e 707”.

Ao final, recorre de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário – fls. 1.090 a 1.095 – através de advogados regularmente constituídos, onde pede a reforma da Decisão ao argumento de que, embora a JJF tenha reduzido o montante do débito inicialmente exigido, ainda persistem incorreções que necessitam ser esclarecidas. Assim, alega que os Convênios ICMS 76/94 e 04/95 trazem previsão expressa para a redução da base de cálculo em 10%, não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento), regra esta que é repetida pelo art. 61, §2º, inciso I do RICMS/BA, e que as margens de valor agregado a ser utilizadas nas operações de substituição tributária com produtos farmacêuticos estão previstas no Convênio ICMS 76/94.

Aduz, ainda, que o Decreto nº 7.799/00 prevê uma redução adicional da base de cálculo, no percentual de 18,53, sem prejuízo da redução de 10% acima citado, em seu art. 3º-A, ficando este benefício condicionado à celebração de Termo de Acordo, o qual o recorrente obteve em 07/12/2004. Alega também que possui ainda autorização para ressarcimento do ICMS substituído nas operações com produtos farmacêuticos, através do Parecer nº 755/98, alterado pelo Parecer 424/2002, de acordo com a previsão do art. 359, §6º do RICMS/BA, o qual prevê a utilização da MVA na base de cálculo do ICMS devido por antecipação, conforme disposto no inciso II do art. 61 do mesmo diploma legal, acrescida das reduções na base de cálculo do imposto, conforme disposto no §2º do mesmo art. 61, combinado com o art. 3º-A do Decreto nº 7.799/00.

Assim, conclui que está dispensada de utilizar o Preço Máximo ao Consumidor – PMC na composição da base de cálculo para antecipação do referido imposto, e não MVA, como exigida, e que o Convênio ICMS 76/94 determina que o fornecedor das mercadorias originárias de Estados signatários é que são obrigados a efetuar a retenção do ICMS, não sofrendo tais mercadorias a antecipação do imposto na entrada na Bahia, requerendo a Improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 1.100/1.101, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, inicialmente consignando que as mercadorias são procedentes de São Paulo, Estado que denunciou o Convênio ICMS 76/94 em 1997, passando, pois, o dever de reter e recolher o ICMS ao adquirente na Bahia, na condição de contribuinte substituto. Também consignou que está correta a exigência com base na MVA, e não com base no PMC, e que o Termo de Acordo, com base no Decreto nº 7.799/00 foi assinado em 2003, sendo que os fatos geradores são de 2002, não havendo, ainda, qualquer vedação a que a empresa busque, com base no Parecer 424/2002, junto à SEFAZ, o ICMS retido e recolhido, na hipótese de fornecimento de medicamentos a hospitais,

órgãos da Administração pública.

VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso Voluntário, comungamos com o opinativo exarado pela PGE/PROFIS no sentido de lhe negar provimento, visto que as razões recursais são imprestáveis para modificar a Decisão recorrida.

E, de fato, na peça recursal o sujeito passivo não mais trouxe as alegações fáticas que apresentou na sua Impugnação e nas diversas manifestações feitas no presente lançamento de ofício em sede de Primeira Instância, todas enfrentadas pela JJF e que redundaram, em parte, na redução do *quantum* originariamente exigido, cingindo-se a trazer alegações de cunho jurídico, tais como inaplicabilidade da antecipação do ICMS por parte do adquirente na aquisição interestadual de produtos farmacêuticos, cuja responsabilidade seria do fornecedor, através de retenção na fonte; e inaplicabilidade da apuração da base de cálculo do imposto exigido com inserção de margem de valor agregado, também já enfrentadas pelo Julgador de Primeira Instância; não aplicação da redução de base de cálculo do Convênio ICMS 04/95 e não consideração do Termo de Acordo firmado com a SEFAZ, nos termos do Decreto nº 7.799/00.

Em relação a tais argumentos, de logo devemos consignar que a responsabilidade pela retenção de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a tal sistemática, originárias de Estados não signatários de acordo interestadual, é do adquirente estabelecido no território baiano. Em se tratando de produtos farmacêuticos adquiridos do Estado de São Paulo, que não faz parte do Convênio ICMS 76/94 – acordo que prevê a substituição tributária para tais produtos e do qual o Estado da Bahia é signatário – a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido nas operações internas subsequentes é do adquirente baiano, nos termos do artigo 371 do RICMS, abaixo transcrito.

Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Quanto à base de cálculo do imposto a ser pago por antecipação tributária, é a estabelecida expressamente no art. 61 do RICMS/BA, abaixo transcrito, na redação vigente à época dos fatos geradores da presente autuação, e que determinava a sua apuração com base nas margens de valor agregado constantes do Convênio ICMS 76/94:

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

§ 2º Para efeitos de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos a seguir indicados, a determinação da base de cálculo será feita segundo os seguintes critérios:

I - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS 04/95, inclusive quanto à redução da base de cálculo para fins de substituição tributária, em 10%, não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7%;"

Registre-se que, inicialmente, os autuantes exigiram o imposto utilizando como base de cálculo o Preço Máximo ao Consumidor – PMC, o que atendia ao Regime Especial concedido pela SEFAZ ao sujeito passivo, através do Parecer GECOT nº 755/98, no entanto, acatando as razões defensivas, que alegou ser correta a aplicação da MVA, nos termos do Parecer GECOT nº 424/2002, que alterou o regime especial citado e determinou que o imposto pago por antecipação deveria ser o preço de custo acrescido da MVA, refez os cálculos aplicando a MVA constante do Convênio ICMS 76/94 – no caso, no percentual de 56,59% - bem como concedendo a redução de base de cálculo do Convênio ICMS 04/95, conforme informação fiscal de fls. 363. Como visto, em sede recursal o

recorrente, contraditoriamente, agora requer a aplicação do PMC, o que não merece a mínima guarida.

Quanto à alegação de não utilização pelos autuantes da redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 04/95, como dito acima, restou comprovado que os autuantes concederam tal redução, como se verifica dos demonstrativos analíticos de fls. 372 a 378. Já em relação ao Termo de Acordo, como bem consignou a PGE/PROFIS, o mesmo foi firmado em dezembro de 2004, portanto, posteriormente aos fatos geradores da presente autuação, relativos ao exercício de 2002, não cabendo aplicação do regramento do art. 3º-A a exigência fiscal em tela.

Por fim, como também consignou a procuradora que subscreveu o opinativo da PGE/PROFIS, a previsão do art. 359 do RICMS/BA - que permite o ressarcimento do imposto retido nas operações de venda a hospitais, clínicas e congêneres - em nada interfere na autuação e nem esta veda a sua aplicação.

Em relação ao Recurso de Ofício, cabível diante da desoneração de parte do valor exigido quanto aos dois itens da autuação, não merece censura a Decisão recorrida, visto que se baseou na correta adequação da base de cálculo do imposto exigido à legislação vigente, acima citada, e ao regime especial concedido pela SEFAZ ao sujeito passivo, o que importou em redução do valor inicialmente exigido, ao aplicar-se MVA na apuração da base de cálculo e a redução do Convênio ICMS 04/95, conforme retificação efetuada pelos próprios fiscais autuantes na informação fiscal de fls. 363, bem como no acatamento de parte das alegações defensivas quanto ao cometimento de equívocos por parte dos autuantes, que resultou nas exclusões do Auto de Infração de valores pertinentes às notas fiscais de produtos não sujeitos à sistemática de substituição tributária – produtos nutricionais ou com NCM diversa da indicada no referido convênio e no art. 353 do RICMS/BA (NCM 3005 e 3006) – ou cujo imposto foi antecipado ou pago mediante outro Auto de Infração lavrado contra o recorrente, de nº 2069300003/03-8 I, conforme demonstrativo de fls. 708 a 712 e 720.

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 282219.1201/07-6, lavrado contra **MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. (MULTIMED EXPRESS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$501.933,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÁNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS