

A. I. N° - 206880.0112/12-1

AUTUADO - HOSPIFARMA COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES E FARMACÊUTICOS.

AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES

ORIGEM - INFRAZ BOM JESUS DA LAPA

INTERNET - 06. 12. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0280-01/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS (MEDICAMENTOS) ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97. A base de cálculo para fins de retenção do imposto deve ser o preço único ou máximo de venda sugerido pelo fabricante ou, na falta deste, o valor da mercadoria, acrescido da MVA prevista na legislação, nos termos do § 1º da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2012, para constituir o crédito tributário no valor de R\$ 3.3885.177,91 (multa de 60%), nos exercícios 2008/2011, sob a acusação de ter o contribuinte efetuado “*recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Conforme demonstrativo do cálculo da diferença do ICMS, devido em decorrência de erro na determinação da base de cálculo na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos provenientes de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94. De acordo com a cláusula segunda do citado Convênio, a base de cálculo para os produtos será o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Foram utilizados como fontes no cálculo da referida base de cálculo a tabela ABCFARMA. Lista de preço máximo ao consumidor pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos e pela Suplemento Lista de Preços (parte integrante da Revista Guia da Farmácia). Tendo em vista o critério de vigência do valor do Preço Máximo de Venda a Consumidor divergir do exercício fiscal, em determinados períodos, foi apresentado mais de uma planilha de cálculo para o mesmo mês, desta forma se fez necessário o somatório destes para obtenção do valor real do débito*”.

O autuado, às folhas 239 a 244, impugnou o lançamento tributário, através do seu responsável legal, com mandato acostado aos autos, fl. 245. Alega que se trata de empresa de pequeno porte que tem seu faturamento predominantemente de produtos na linha hospitalar, com vendas, principalmente, a órgãos públicos (Prefeituras).

Aduz que a acusação exige diferença no cálculo do ICMS que decorre de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referentes às aquisições de medicamentos provenientes de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94; sustentando ainda que a base de cálculo utilizada na apuração da auditoria em apreço foi a do preço máximo ao consumidor sugerido ao público pelos estabelecimentos industriais e que utilizou como fontes para

os cálculos do imposto a tabela de preços da ABCFARMA e referências do banco de dados da ANVISA.

Argui que o valor apurado na presente autuação é absurdamente superior ao imposto calculado e recolhido pelo autuado e que a margem acrescida chega a ser mais de 500% sobre o preço do custo dos produtos. Explica que utilizou como base de cálculo para recolhimento do ICMS devido a tabela do MVA (anexo I, RICMS BA), conforme a classificação fiscal, em se tratando de produtos hospitalares e com faturamento a órgãos públicos. Faz demonstração dos cálculos manejados pela empresa e pelo Fisco em relação às operações das notas fiscais nº 177553, 18520, 755, 1592.

Reitera que a divergência reside na diferença da base de cálculo MVA utilizadas pela empresa recorrente e a base de cálculo PMC (em muitas notas fiscais divergentes) utilizada pelo Auditor Fiscal. Aduz que os preços levantados não encontram conexão com a realidade do mercado, já que os produtos, na sua grande maioria, foram vendidos através de licitações por se tratar de vendas a órgão públicos. Frisa que o próprio Auditor apresentou base de cálculos divergente para os mesmos produtos faturados, pelo mesmo fornecedor, da mesma unidade federativa, exemplificando na nota fiscal 755 (EQUIPLEX UF /GO): soro Fisiológico 500ml base utilizada R\$ 2,03 e soro glicosado 500ml base utilizada R\$ 2,36; nota fiscal 1592: soro fisiológico 500ml base utilizada R\$ 6,94 e soro glicosado de 500ml base utilizada R\$ 7,69. Diz que tais inconsistências se encontram em várias outras notas fiscais.

Insiste que se trata de empresa de pequeno porte e enfrenta as dificuldades inerentes às tais empresas, num segmento tão competitivo, e que não consegue pagar a totalidade do ICMS devido no período, fazendo denúncia espontânea (processo nº600000.0723/11-0) que perfez R\$ 218.309,49. Alega que, em havendo a procedência da exigência, implicará falência da empresa, uma vez que o total dessa alegada dívida supera o total do faturamento bruto anual da empresa.

Apela para o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte (artigo 179, CF88). Pede sejam acatadas as suas razões e declarada a improcedência da infração.

O Auditor Fiscal presta Informação, fls. 251 a 253, considerando que realizou a Fiscalização com observância restrita e rígida das regras jurídicas e tributárias.

Diz que a impugnação fiscal se fundamenta, basicamente, no fato de erro na determinação da base de cálculo, na arguição defensiva de que deveria utilizar como parâmetro a MVA. (Anexo I do RICMS) para apuração da base de cálculo do imposto a ser recolhido por antecipação tributária e não como foi calculado, considerando o Preço Máximo ao Consumidor - PMC sugerido pelo estabelecimento industrial, como é, aliás, a determinação expressa do legislador; na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme cláusula segunda do convenio ICMS 76/94.

Contesta que tenha calculado preços diferentes para o mesmo produto, como argumenta a defesa, o que pode ser conferido, nos exemplos apresentado (notas fiscais nº 755 e 1592), pois se trata de produto diverso, com códigos e preços também diversos.

Diz não entender qual o tratamento diferenciado pretende o autuado. Argui que, em sendo aquele previsto no Decreto 7.799/00, que dispõe sobre os benefícios ao setor atacadista e, especificamente, a partir de 01/01/2010 (Decreto nº 11.872/2009), para a sua utilização, faz-se necessário a habilitação imposta por ambos os decretos, ou seja, a celebração de Termo de Acordo firmado entre o Estado da Bahia, representado pelo titular da Superintendência de Administração Tributária, e o contribuinte. Observa que o contribuinte não firmou tal Acordo.

Conclui pelo acerto da exigência em debate (recolhimento a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição) por erro na determinação da base de cálculo.

É o relatório.

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para exigir ICMS em decorrência da infração descrita e relatada na inicial dos autos, no valor global de R\$ 3.885.177,91, que será objeto da apreciação, nas linhas procedentes.

O contribuinte, preliminarmente, argui que, em se tratando de Empresa de Pequeno Porte, deve lhe ser deferido um tratamento diferenciado, nos termos ao art. 179, CF 88, cujo faturamento é, predominantemente, destinado à linha de produtos hospitalares com vendas, principalmente, a órgãos públicos (Prefeituras).

Argumenta ainda que o valor apurado na presente autuação é absurdamente superior ao imposto calculado e recolhido pela empresa autuada e que a margem acrescida chega a ser mais de 500% sobre o preço do custo dos produtos. Explica que utilizou como base de cálculo para o recolhimento do ICMS devido, a tabela do MVA (anexo I, RICMS BA), em face das operações com produtos hospitalares destinados aos órgãos públicos.

Constato que na lavratura do presente Auto de Infração foram observadas as regras do art. 39, RPAF BA (Decreto 7.629/99), não havendo justa causa por desamparo a quaisquer dos princípios que regem os atos administrativos; As provas e os demonstrativos dos valores que sustentam a exigência concretizam a motivação da autuação, sendo entregues ao contribuinte autuado, os relatórios e cálculos necessários para o exercício do contraditório, da ampla defesa, tendo o mesmo apresentado suas razões com os elementos de prova de que dispunha e na forma que melhor lhe aprouve. Demais alegações serão apreciadas no mérito da questão.

Na infração imposta ao sujeito passivo, a acusação é de recolhimento a menos do ICMS-ST, na qualidade de responsável pela substituição tributária, incidente nas aquisições interestaduais de medicamentos relacionados no item 13, do artigo 353 do RICMS, em razão de ter aplicado, no cálculo do ICMS-ST, as margens de valor acrescido - MVA previsto na legislação do imposto (RICMS BA), aduzindo que os preços levantados não encontram conexão com a realidade do mercado já que os produtos na sua grande maioria foram vendidos através de licitações e para órgãos públicos.

O Auditor Fiscal elaborou planilhas e as acostou aos autos, às fls. 09/172 (exercícios 2008/2011) circunstanciando o cálculo da diferença de ICMS-ST, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, discriminando o nº de cada nota fiscal e a data da sua emissão, descrevendo os medicamentos adquiridos, o laboratório, a unidade de origem dos produtos, quantidade, preço máximo ao consumidor (PMC), base de cálculo, valor de cada item, redução (10%), valor ICMS-ST, valor crédito fiscal, valor recolhido e o valor do ICMS-ST a recolher por produto e por operação.

Entendo que os argumentos defensivos não podem ser acolhidos, uma vez que, examinando o procedimento adotado pelo autuante, conforme as planilhas constantes dos autos, verifico que a fiscalização utilizou a fórmula prevista no *caput* da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, adotando os preços dos produtos elencados em revista especializada, aplicando o redutor de 10% determinado em seu § 4º, portanto, o levantamento fiscal foi realizado de acordo com a legislação tributária atinente a matéria em questão, conforme os dispositivos citados e abaixo transcritos:

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 frete até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de (...):

...

§ 4º - A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento).

No mesmo sentido, o inciso I do § 2º do art. 61 do RICMS/97, estabelece que:

Art. 61. ...

§ 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 nº 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS nº 4/95, 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%."

Logo, não tem qualquer fundamento a alegação defensiva relativa a ilegalidade do procedimento fiscal, sob a arguição de que laborou de acordo com margem de valor agregada constante do RICMA BA. Conforme visto acima, a apuração da base de cálculo ocorreu em conformidade com as disposições contidas na Cláusula 2ª, §§ 1º e 4º do Conv. ICMS nº 76/94 e no inciso I do § 2º do art. 61 do RICMS/97.

Cabível ressaltar, que o artigo 61, XV, do RICMS-BA, dispensa a aplicação de preço sugerido pelo fabricante, nas operações de comercialização de medicamentos realizadas por contribuintes atacadistas que efetuem, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, e desde que autorizados pelo titular da Superintendência de Administração Tributária, cabendo, nesse 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) prevista no Anexo 88. Observa a norma que, em relação às vendas não destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se como base de cálculo para estas operações a prevista no inciso I do § 2º do mesmo art. 61, antes transcrita.

Devo sublinhar que a permissão para aplicação da MVA prevista no Anexo 88 sobre o valor da operação própria, supra aludida, ganhou redação nova a partir de 31.12.2009 por incursão do Decreto nº 11.913, de 30/12/09, modificando a redação anterior do inciso XV do caput do art. 61, vigente até 30.12.2009, que exigia que as vendas fossem efetuadas **exclusivamente** para hospitais, clínicas e órgãos públicos, prescindindo, no caso, da autorização da autoridade fazendária, agora exigida.

Dessa forma, o autuante não considerou o sujeito passivo como consumidor final, apenas calculou (corretamente) a base de cálculo do imposto devido nas operações subsequentes pelo regime de substituição tributária utilizando o preço sugerido pelo fabricante para consumidor final. Tal preço só não poderia ser adotado caso o sujeito passivo trouxesse aos autos comprovantes das operações comerciais com exclusividade para hospitais até 30.12.2009 e a partir então com preponderância, nas vendas para com hospitais, clínicas e órgãos Públicos, neste caso seria aplicada a MVA sobre o valor da operação nos termos do artigo 61, XV do RICMS-BA. O contribuinte não adotou tal providência.

Assim, não tendo o autuado acostado aos autos as provas necessárias para elidir a acusação fiscal nos termos do artigo 123 do RPAF, e não cabe a este órgão julgador buscar as provas cuja obrigação de apresentação pertence ao autuado. Deveria para fins de prova, trazer aos autos cópias de notas fiscais, acompanhadas dos livros fiscais próprios, comprovando a natureza das suas operações de vendas destinadas exclusivamente ao Estado da Bahia, não bastando apenas negar o cometimento da infração nos termos do artigo 143 do RPAF-BA.

Por outro lado, saliento que os argumentos de que se trata de empresa de pequeno porte não tem força de elidir a infração, considerando os textos legais acima citados, bem como a jurisprudência deste Conselho Administrativo. A infração resta caracterizada em R\$ 3.885.177,91.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206880.0112/12-1**, lavrado contra **HOSPIFARMA COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES E FARMACÊUTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.885.177,91**, 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, 12 de novembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR