

PROCESSO - A. I. Nº 140764.0017/12-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NBFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS E HOSPITALARES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0252-01/13
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 02/04/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0056-12/14

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. Reduzida parte da exigência, Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 10 de setembro de 2013 (Acórdão Nº 0252-01/13 - fls. 402/407) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14 de dezembro de 2012, com o objetivo de exigir do ora recorrido crédito tributário, no valor histórico de R\$ 382.266,11, em decorrência do cometimento de duas infrações, sendo objeto do recurso apenas a infração 1, assim, descrita:

***Infração 1** - Procedeu a retenção a menor de ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período janeiro; março/dezembro 2009; janeiro/dezembro 2010. Valor R\$ 347.751,89. Multa de 60%.*

Após a apresentação da defesa (fl. 323/343), o autuante apresentou informação fiscal (fl. 356/367), reconhecendo em parte a procedência dos argumentos defensivos quanto à Infração 1, refazendo a planilha demonstrativa de débito.

Após informação fiscal, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe.

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para exigir ICMS em decorrência de 02 duas infrações, descritas e relatadas na inicial dos autos, no valor global de R\$ 382.266,11, que serão objeto da apreciação a seguir:

O contribuinte, preliminarmente, argui a utilização de pauta fiscal na formação da base de cálculo para efeito de apuração da substituição tributária, o que elevou as diferenças exigidas e determinou um verdadeiro confisco, ferindo de morte o princípio da razoabilidade, da legalidade, proporcionalidade, verdade material, além de atropelar a capacidade contributiva.

Constato que não houve no presente feito qualquer agressão aos direitos do contribuinte. O Auto de Infração foi lavrado em obediência às regras do art. 39, RPAF/BA (Decreto 7.629/99), não havendo justa causa por desamparo a quaisquer dos princípios, alegados pelo autuado, que norteiam o direito de tributar. As infrações apuradas foram narradas de forma correta no campo “descrição dos fatos”, corrigindo a impropriedade inicial na descrição da infração 01, tornando clara a origem do fato gerador da exigência. As provas que sustentam a exigência demonstram a motivação da autuação. Foram entregues ao contribuinte os demonstrativos necessários para o exercício do contraditório, da ampla defesa e o autuado apresentou suas razões com os

elementos e na forma que melhor lhe aprouver. Com relação à contestação defensiva da utilização de pauta fiscal na apuração do débito exigido, em se tratando de assunto ligado à base de cálculo, será apreciado nas questões de mérito.

Na primeira infração, portanto, o sujeito passivo é acusado do recolhimento a menor 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 usado indevidamente, para cálculo do imposto devido por substituição tributária, a forma simplificada (Decreto nº 11.782/2009, § 2º), prevista para empresas que tenham celebrado Termo de Acordo, o que acabou contrariando a cláusula segunda do convenio 76/94 (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).

O Auditor Fiscal elaborou planilhas, às fls. 13/39 (exercício 2009) e fls. 40/64 (exercício 2010) circunstanciando o cálculo da diferença de ICMS-ST, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, além da discriminação de cada nota fiscal, descrevendo os medicamentos adquiridos, quantidade, preço máximo ao consumidor (PMC), base de cálculo, valor de cada item e valor total por operação.

Em sua defesa o autuado contesta o método de apuração da base de cálculo do ICMS aplicado no presente Auto de Infração, sob a arguição de que não se amolda à jurisprudência do STJ, vez que a instituição de pauta fiscal, em matéria de medicamentos, é prática vedada pela Súmula 431 do STJ; argui ainda que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) não tem competência para estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos destina-se a orientar as empresas produtoras de medicamentos, sendo impréstável para fixar a base de cálculo do ICMS das operações submetidas ao regime de substituição tributária.

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 teria sido sustentado com base em pauta fiscal. 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.

No entanto, o direito assiste ao autuado, durante as operações realizadas no exercício 2009, posto que vigente, na época, o Termo de Acordo que, através do Parecer nº 5185/2009 (fl. 344), deferiu a redução da base de cálculo conforme especifica o Decreto 7.799/00. Em decorrência desse entendimento, a exigência restou modificada de R\$ 138.203,94 para R\$ 25.450,08, de acordo com os novos demonstrativos elaborados e acostados aos autos, fls. 370/373.

Nessa quadra, o artigo 3-A do Decreto 7.799/00 foi revogado pelo Decreto 11.872/99, com efeitos a partir de 01.01.10, alterando o recolhimento simplificado da ST de medicamentos pela revogação do Termo de Acordo. Ressalto que em 2010, não houve modificação na exigência inicial, que permaneceu em R\$ 162.176,20, uma vez que não havia mais regime especial para recolhimento simplificado do ICMS ST de medicamentos, revogado pelo art. 5º do Dec.11.872/09.

Saliento que a lista publicada pela ABCFARMA é composta pelos preços sugeridos pelos laboratórios fabricantes, que têm a liberdade de escolher a empresa que deverá editar a publicação. Quanto a farta jurisprudência citada pela defesa, entendo que a mesma não é capaz de elidir as infrações, considerando os textos legais acima citados, bem como a jurisprudência deste Conselho Administrativo.

Cabe registrar, portanto, que o procedimento fiscal adotado atendeu, a jurisprudência deste Conselho Administrativo, em voto prolatado pela 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, mediante Acórdão CJF nº 103/12-07. A infração resta caracterizada em parte, no valor de R\$ 187.626,29.

(...)

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Contra a referida Decisão o Autuado não se insurgiu.

Os autos foram remetidos para esta Câmara de Julgamento Fiscal para análise do Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

VOTO

Após análise do referido processo, entendo assistir razão aos julgadores de piso.

Ressalte-se que é objeto de análise do presente Recurso de Ofício tão somente a desoneração parcial da Infração 1 do referido lançamento fiscal.

A Decisão recorrida foi fundada no fato de que *durante as operações realizadas no exercício 2009, posto que vigente, na época, o Termo de Acordo que, através do Parecer nº 5185/2009 (fl. 344), deferiu a redução da base de cálculo conforme especifica o Decreto 7.799/00.*

Em razão disso, a exigência restou modificada, quanto aos valores devidos no exercício de 2009, de R\$ 138.203,94 para R\$ 25.450,08, em razão de, mesmo com a consideração do benefício fiscal, ter remanescido crédito de ICMS a ser recolhido pelo autuado, conforme demonstrativos elaborados pelo próprio agente autuante quando da apresentação da respectiva informação fiscal (fls. 370/373).

Outrossim, tendo em vista que o artigo 3-A do Decreto nº 7.799/00 foi revogado pelo Decreto nº 11.872/99, com efeitos a partir de 01.01.10, alterando o recolhimento simplificado da ST de medicamentos pela revogação do Termo de Acordo, razão pela qual a desoneração da referida Infração limitou-se ao exercício de 2009.

Ex positis, entendo que a 1ª JJF decidiu corretamente pela subsistência parcial da referida infração, razão pela qual julgou PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida a Decisão recorrida em sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140764.0017/12-4**, lavrado contra **NBFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E HOSPITALAR LTDA.,** devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$222.140,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “e” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

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