

PROCESSO - A. I. Nº 281331.0401/13-9
RECORRENTE - MULTILAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0245-02/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 20/08/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0221-11/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PRODUTOS FARMACÊUTICOS) DERIVADA DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO ICMS 76/94) REALIZADA POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL LOCALIZADO EM ESTADO SIGNATÁRIO DO REFERIDO ACORDO. ESTABELECIMENTO REMETENTE RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NAS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES NO ESTADO DA BAHIA. Restou comprovado que o estabelecimento remetente das mercadorias, inscrito neste Estado, é responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição, porém o fez em valor menor do que o devido. É legal a aplicação do PMC na apuração da base de cálculo do imposto devido pelo contribuinte substituto conforme determinação contida na LC 87/96 e Convênio ICMS 76/94. Negado o pedido de diligência. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Não acolhida a arguição de prevenção porquanto tal instituto não tem previsão no RPAF/BA/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/04/2013 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$22.221.879,55, acrescido da multa de 60%, em razão de retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Conforme demonstrado resumidamente na Tabela I - Quadro Resumo ICMS ST Retido a Menor - (pag. 08) e demonstração analítica nos Relatórios Demonstrativos de Apuração do ICMS ST Retido a Menor 2011 e 2012 (págs. 09 a 35). Consta, na descrição da imputação, que a fiscalização teve como base os dados obtidos na base corporativa de Nfe da Sefaz/BA, arquivos magnéticos com as informações do PMC - Preço Máximo de Venda ao Consumidor Final da ABCFARMA, e informações eletrônicas do contribuinte constantes da base corporativa de dados da Sefaz/BA.

O Fisco acostou documentos às fls. 08 a 38.

Às fls. 42 e 43 comprovantes de entrega, ao sujeito passivo, de cópia dos demonstrativos fiscais e do Auto de Infração.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às folhas 48 a 79 preliminarmente alegando nulidade do Auto de Infração e, no mérito, dentre outros pontos expondo ter como objeto social a industrialização de produtos farmacêuticos (medicamentos genéricos e similares), com sede no município de São Jerônimo/RS e que, no exercício de sua atividade econômica, realiza venda de

medicamentos a clientes que são, em maioria, distribuidoras de medicamentos - atacadistas localizados em diversos Estados da Federação, entre os quais o Estado da Bahia.

Salientou que entendendo que o Preço Máximo a Consumidor Final – PMC não reflete a média dos preços praticados pelo mercado varejista então apurou a base de cálculo do ICMS-ST em relação às operações de venda de medicamentos genéricos e similares destinados a distribuidoras de medicamentos localizadas no Estado da Bahia, aplicando Margem de Valor Agregado-MVA, cujos percentuais estão previstos no § 1º, da Cláusula Segunda, do Convênio ICMS nº 76/94.

Discorreu acerca da base de cálculo do ICMS-ST, contesta a adoção da Tabela ABCFARMA para encontrar o preço dos medicamentos vendidos, aduz que o próprio Estado da Bahia, ao editar o Decreto nº 11.872, de 06/12/2009, instituiu critério que preservou os níveis de arrecadação sem onerar as operações promovidas pelo segmento. Transcreveu o disposto do no art. 1º, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 11.872/09, citando ter realizado consulta ao plantão Fiscal desta Sefaz/BA e que a resposta fora no sentido de que o referido Decreto se aplicaria às operações por si promovidas, anexando cópia de correspondência eletrônica mantida entre si e o setor de Plantão Fiscal (fls. 284 a 286).

Pedi que fosse realizada prova pericial com a realização de pesquisa de preços de mercado, a fim de que se estabelecesse, com precisão, a média dos preços rotineiramente praticados pelo varejo considerado.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 291 a 298 contestando as alegações defensivas e mantendo a autuação. Dentre outros aspectos expôs que o Estado do Rio Grande do Sul era signatário do Convênio ICMS 76/94 à época do período fiscalizado; a empresa autuada é contribuinte inscrito, sob o número 056.791.075 CS, no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário estando, portanto, subordinado ao cumprimento das normas dispostas no retro-citado Convênio, bem como as do Convênio ICMS 81/93 que estabelece as normas gerais da substituição tributária nas operações mercantis para o Estado da Bahia, com os produtos a eles vinculados.

Aduz que o autuado não faz jus ao uso dos benefícios determinados pelo Decreto Estadual nº 11.872 de dezembro de 2009, tendo em vista não ser uma distribuidora de medicamentos localizado neste Estado como determina esse Decreto; não ser possível às distribuidoras de medicamentos localizado no Estado da Bahia, mesmo com Termo de Acordo assinado com esta Unidade Federativa, responsabilizarem-se pela antecipação, dispensando a empresa autuada da obrigação de Substituto Tributário, pois não há protocolo assinado entre a Bahia e o Rio Grande do Sul como preconiza o Art. 2º do Decreto, que transcreve:

“Art. 2º Havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial de tributação, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto neste Decreto.”

Na data do julgamento de primeira instância o Advogado da empresa autuada solicitou (fl. 305) a juntada e cópia de correspondência eletrônica mantida na data de 22/05/2012 entre o sujeito passivo e o setor de Plantão Fiscal desta Sefaz/BA (fls. 306 a 308).

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0245-02/13, às fls. 310 a 321. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Analisando, inicialmente, a preliminar de nulidade, sob alegação de o auto de infração não preenche os requisitos (formais) de validade, pois, no entendimento da defesa: (i) não descreve de forma clara, objetiva e suficiente os fatos considerados como infração e (ii) não indica os dispositivos da legislação tributária infringidos. Perguntando: qual a conduta que a impugnante, na condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS incidente sobre as operações subsequentes, teria praticado para resultar na retenção a menor do ICMS-ST? Apropriado crédito fiscal indevido de ICMS? Adotado alíquota menor que a prevista para a operação realizada? Utilizado base de cálculo diversa da prevista na legislação?

Entendo que não há amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

A infração foi descrita de forma clara, objetiva e suficiente ao consignar que o sujeito passivo procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias (medicamentos) realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, portanto não existindo dúvida quanto a conduta do sujeito passivo, estando respondendo ao primeiro questionamento da defesa.

Trata-se de uma descrição analisada, profundamente, pela Administração Tributária do Estado da Bahia, a qual foi estabelecida com a descrição padrão, obrigatória, a ser utilizada pelas autoridades tributária na emissão do Auto de Infração, mediante Sistema Automatizado.

Além do fato do Auto de Infração ser emitido mediante Sistema previamente definido pelo Sujeito Ativo da relação Tributária, o autuante acrescentou, apesar de não ser obrigatório, outras infrações, tais como, indicou que a infração foi embasada conforme demonstrado resumidamente na Tabela I - Quadro Resumo ICMS ST Retido a Menor, fl. 08 e demonstração analítica nos Relatórios Demonstrativos de Apuração do ICMS ST Retido a Menor 2011 e 2012, fls. 09 a 34 e Legenda à folha 35 dos autos.

Indicou ainda, no próprio corpo do Auto de Infração, repito, embora não sendo obrigatório, a metodologia adotada, destacando que a fiscalização teve como base os dados obtidos na base corporativa de Nfe da Sefaz-BA, arquivos magnéticos com as informações do PMC - Preço Máximo de Venda ao Consumidor Final da ABCFARMA, e informações eletrônicas do contribuinte constante da base corporativa de dados da Sefaz-BA.

Tais levantamentos fiscais comprovam que as demonstrações, resultantes do trabalho de auditoria, vinculam os fatos, traz a base de cálculo de forma clara, objetiva, e a alíquota e demais dados necessários ao perfeito entendimento pelo autuado, por consequência, fica respondida as questões defensivas sobre alíquota e base de cálculo.

Quanto ao questionamento: Apropriado crédito fiscal indevido de ICMS?, entendo, que não tem nenhuma pertinência com a matéria objeto da autuação, pois, no caso em lide, não houve infração relacionada a utilização de crédito fiscal indevido.

Cabe destacar que nos demonstrativos analíticos trazem informações de cada Nota Fiscal, item a item, com as alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada e reduzida e o ICMS-ST encontrado. Nele consta detalhadamente, passo a passo, por coluna, todas as etapas do cálculo do ICMS ST devido. Constam ainda informações de ano, mês e dia, número da nota fiscal, código do produto, data do lançamento, CNPJ e nome da empresa destinatária, UF de destino e alíquota interna e de origem. Cada NF traz os itens separadamente, por linhas, e os valores dos cálculos intermediários para a devida clareza e compreensão do procedimento fiscal. Observo que na última página do relatório de "Apuração do ICMS ST Retido a Menor", consta "LEGENDA" (fl. 35) com informações detalhadas das nomenclaturas usadas e esclarecimentos necessários, dos relatórios supra citados.

Verifica-se que, ao contrário do pensamento manifestado pelo deficiente, há indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, inclusive havendo uma correspondência exata e perfeita entre os dispositivos indicados no corpo do Auto de Infração, tanto no enquadramento da imputação como da multa aplicada.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação preliminar, vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, para realização de Pesquisa de Preços de Mercado, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, "a", do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação ao item constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Em relação a suposta inconstitucionalidade da legislação estadual alegada pela defesa, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.

No tocante a alegação de ilegalidade da legislação estadual, ressalto que o art. 167, III, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.

Relativamente ao e-mail acostados aos autos, na fase de sustentação oral, o mesmo não produz nenhum efeito

de Consulta Tributária, inclusive essa situação claramente destacada no citado documento, conforme trecho abaixo reproduzido:

“As informações contidas nesta mensagem não produzem os efeitos do processo de consulta tributária previstos no art. 158 da Lei nº 3.956, de 11/12/81, regulamentada pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99.”

No mérito, entendo que a tabela de preços publicada pela ABCFARMA constitui efetivamente na divulgação dos preços sugeridos pelos fabricantes, não tendo aquela Associação determinado os preços e sim efetivado a sua divulgação. Na apuração da base de cálculo do ICMS-ST é legítima a aplicação do preço sugerido pelo fabricante que quando existente deve prevalecer em relação ao valor da operação própria adicionada de outras despesas e MVA.

O art. 155, XII, “b” da CF/88 delegou à Lei Complementar, a atribuição de dispor sobre a substituição tributária. Por sua vez, o art. 9º da Lei Complementar 87/96 estabelece que “a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados”.

No mesmo sentido, o art. 10 da Lei Estadual 7.014/96, determinada que “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” e 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 sua vez, a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94 estabelece que nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único, 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 (ICMS). O Anexo Único contempla medicamentos e outros produtos. Logo, as mercadorias objeto da autuação são enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo lide sobre esta questão.

No presente caso, trata-se de estabelecimento industrial de produtos farmacêuticos (medicamentos genéricos e similares), com sede no município de São Jerônimo-RS, que realiza, com frequência e habitualidade, conforme inclusive foi dito da defesa, operações de saída (venda) de mercadorias (medicamentos) com destino a clientes (em sua maioria distribuidoras de medicamentos - atacadistas) localizados em diversos Estados da Federação, entre os quais, no Estado da Bahia.

A Cláusula Segunda do Conv. ICMS 76/94, estabelece que 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. Portanto, a exigência do ICMS relativo a operações interestaduais com medicamentos entre contribuintes localizados em Estados signatários do Convênio ICMS 76/94, possui respaldo legal na legislação tributária e a apuração da base de cálculo do ICMS-ST com alicerce dos preços sugeridos pelo fabricante é legal.

Saliento que os demonstrativos elaborados pelo autuante fazem prova de que foi feita a retenção do ICMS-ST nas notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado devidamente inscrito como contribuinte substituto no Estado da Bahia, entretanto o fez com valor a menos que o devido.

Ressalto que em decisões da segunda instância deste CONSEF, foi manifestado o entendimento de que na apuração do imposto por antecipação tributária nas operações com medicamentos oriundos de outros Estados, deve ser utilizado como base de cálculo do imposto, o preço máximo de venda sugerido pelo fabricante, conforme previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, cuja norma foi recepcionada pelo art. 61, § 2º, I, do RICMS/97, a exemplo do Acórdão CJF nº 0376-11/04, não podem ser acolhida nenhuma pesquisa de preço ou laudo elaborado por qualquer instituição, nem mesmo os acostados pela defesa.

Também entendo não se justificar a aplicação dos benefícios determinados pelo Decreto Estadual nº 11.872 de dezembro de 2009, tendo em vista que o autuado não é uma distribuidora de medicamentos localizado neste Estado e não podem as distribuidoras de medicamentos localizado no Estado da Bahia, mesmo com termo de acordo assinado com esta unidade federativa, se responsabilizarem pela antecipação, dispensado o autuado da obrigação de Substituto Tributário, pois não há protocolo assinado entre a Bahia e o Rio Grande do Sul como preconiza o Art. 2º do Decreto o qual transcreve:

“Art. 2º Havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial de tributação, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto neste Decreto.”

Por fim, é importante destacar que as decisões de outros tribunais colacionadas pelo contribuinte na peça de

defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 333 a 360, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária e discorrendo acerca da Decisão objeto do Recurso. Em síntese, o Recorrente alega cerceamento do direito de defesa por não ter sido atendido o seu pleito para a realização de perícia, expondo suas razões e citando decisão da esfera judicial acerca de negativa de realização de prova pericial. Em seguida alega nulidade do Auto de Infração por insuficiência da descrição da matéria tributável, o que aduz que teria causado cerceamento do direito à ampla defesa, a respeito de tanto citando textos de jurista, legislação, a quantidade de dez parágrafos que o voto de base dedicou ao tema.

No mérito, reprisa as alegações iniciais no sentido de que não postula a declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade da legislação estadual, e sim a aplicação, para fins de determinação da base imponível do imposto de responsabilidade por substituição tributária, do disposto no art. 8º, inc. II, da Lei Complementar nº 87/96, no § 1º, da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e no art. 23, inc. II, letras “a”, “b” e “c”, da Lei Estadual nº 7.014/96, ao estabelecerem a utilização do valor da operação auferido pelo estabelecimento atacadista (substituto tributário) acrescido do IPI, seguro, frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis ao destinatário, bem como do valor resultante da aplicação, sobre este total, da margem de valor agregado prevista nos mencionados dispositivos legais, por considerar ser este compatível com o valor real da operação correspondente ao fato gerador presumido, entendendo ele, recorrente, estarem ausentes os pressupostos de fato que autorizam a utilização do Preço Máximo a Consumidor final sugerido pelo fabricante - PMC como base de cálculo do ICMS-ST.

Passa a discorrer sobre o tema expondo que o ICMS sobre operações mercantis apenas pode incidir validamente sobre operações que efetivamente correspondam à circulação de mercadorias, e, por conseguinte, a sua base de cálculo, como decorrência lógica, deve representar, em princípio, o valor real da respectiva operação, sob pena de insuportável desvirtuamento do aspecto material da hipótese de incidência definida no art. 155, inc. II, da Constituição da República de 1988; fala sobre o regime de substituição tributária e sua constitucionalidade; cita textos de juristas e decisões de tribunais da esfera judicial, inclusive Súmula nº 431/STJ (Pauta Fiscal).

Aduz que em sede jurisprudencial estaria confirmado que a utilização do PMC como base de cálculo do ICMS-ST só seria válida quando refletisse a média dos preços praticados pelo mercado varejista, sob pena de converter-se em pauta fiscal.

Afirma que no presente caso estaria demonstrado que o PMC adotado como base de cálculo do ICMS-ST é muito superior em relação ao preço médio praticado pelo mercado varejista de medicamentos, especialmente similares e genéricos, destacando, a respeito, documentos que carreou ao processo, que cita como: pesquisa de Preços de Mercado realizada pelo PROCON; pesquisa de Preços de Mercado obtida pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC, realizada no município de São Paulo; pesquisa de Preços de Mercado realizada pelo Instituto Nielsen; lista de preços anexa à Portaria 184, do Ministério da Saúde, editada em 04/02/2011, que dispõe sobre o Programa Farmácia Popular do Brasil, dando como exemplo o valor do reembolso pago pelo Governo Federal (Preço de Referência) em relação ao medicamento SINVASTATINA 40mg c/ 30 comprimidos é de R\$26,70 (30 x 0,89 = R\$26,70), expondo que ele, recorrente, na condição de indústria de medicamentos, comercializa este produto por R\$4,00, conforme Nota Fiscal 36.400 (doc. 09 da impugnação), enquanto o Fisco entende que a base de cálculo deste produto, para fins de apuração do ICMS-ST, deverá ser o valor de R\$38,50 (valor do PMC). Discorre a respeito.

Cita que o Conselho Nacional De Política Fazendária – CONFAZ, por meio do Convênio ICMS

169, de 06/12/2013, autorizou o Estado do Rio Grande do Sul a não exigir, de distribuidoras de medicamentos identificada naquele Convênio, créditos tributários constituídos através do lançamento de pretensas diferenças de ICMS-ST em razão da exigência de utilização do PMC para fixação da base de cálculo do ICMS-ST, do que conclui que, com tal remissão de dívida, o próprio credor acaba deixando evidente que o PMC não seja um índice válido para compor a base de cálculo do ICMS-ST.

Afirma que se superadas as questões formais preliminarmente arguidas, deveria ser modificado o Acórdão recorrido, tornando-se insubstancial o Auto de Infração porque estaria evidenciado que o Preço Máximo a Consumidor final sugerido pelo fabricante (PMC) como critério de quantificação da base de cálculo do ICMS-ST nas operações com medicamentos similares e genéricos, seria superior à média dos preços usualmente praticados pelo mercado varejista (farmácia – substituído tributário), pelo que não poderia ser utilizado como parâmetro válido para definir a base de cálculo do ICMS-ST, sob pena de configurar pauta fiscal, já repudiada pelos Tribunais Pátrios, como entende deixar evidente a Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça.

Passa a asseverar que ao caso aplicar-se-ia o Decreto Estadual nº 11.872/09, alegando proteção da confiança e da boa-fé objetiva.

Diz que do e-mail que trocou com a Administração tributária sobre o tema, embora não seja este uma consulta formal, ter-se-ia gerado resultados concretos, e que tal e-mail seria uma orientação emanada desta SEFAZ/BA, em resposta à consulta dele, recorrente, no sentido de que o regime especial instituído pelo Decreto 11.872/09 seria aplicável às operações promovidas pela recorrente.

Aduz que a “referida consulta foi solucionada do seguinte modo, conforme consta do prelito e-mail: (1) “a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST nas operações com medicamentos é do estabelecimento atacadista localizado no Estado da Bahia, desde que seja detentor do regime especial a que alude o Decreto n. 11.872/09, independentemente do Estado de origem da mercadoria”; (2) “para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST nas operações com medicamentos, deveriam ser aplicadas as regras previstas no Decreto 11.872/09, e não aquelas estabelecidas no Convênio ICMS n. 76/94”.

Cita textos de juristas acerca de orientações da Administração Pública e suas consequências para os contribuintes, e disserta a respeito.

Conclui requerendo que seja dado provimento ao Recurso, para os seguintes efeitos:

(A) acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa suscitada, e consequente declaração da NULIDADE do acórdão recorrido, com retorno dos autos à origem para produção da pesquisa de preços requerida na impugnação apresentada;

(B) ou, então, para modificação do acórdão recorrido, para decretar-se a nulidade do Auto de Infração ICMS n. 2813310401/13-9, tendo em vista que o mesmo não preenche os requisitos de validade que lhes são inerentes, mais precisamente o dever de motivação, na medida em que não descreve clara e objetivamente os motivos que justificaram a sua lavratura, comprometendo, de certa forma, o exercício do direito à ampla defesa assegurado constitucionalmente à recorrente;

(C) ou, na hipótese de superação das questões formais suscitadas, o que não se espera, para modificação do acórdão recorrido, julgando-se totalmente improcedente o auto de infração Auto de Infração n. 2813310401/13-9, para admitir-se que, no presente caso, deve ser adotado como critério para determinação da base de cálculo do ICMS de responsabilidade por substituição tributária o critério de Margem de Valor Agregado (MVA) previsto no art. 8º, inc. II, da Lei Complementar 87/96, no § 1º, da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, e na alínea “c”, do inciso II, do caput do art. 23, da Lei Estadual n. 7.014/96 (Lei Básica do ICMS no Estado da Bahia), por estar em consonância com o valor real da operação correspondente ao fato gerador presumido, sob pena de insuportável desvirtuamento da regra de competência tributária do ICMS descrita no art. 155, inc. II, da Constituição Federal de 1988.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Coelho Lins Sento-Sé, emite Parecer às fls. 372 a 374 aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, o quanto já alegado na impugnação inicial, e já apreciado pelo julgamento de primeira instância, ao tempo em que alega

nulidade da decisão da JJF, por conta da rejeição do pedido de diligência voltada a pesquisa de preços; nulidade do Auto de Infração por ausência de motivação e comprometimento do direito de defesa.

Relata que o contribuinte pediu a adoção, como critério para determinação da base de cálculo, do uso da Margem de Valor Adicionado – MVA prevista no art. 8º, II, da LC 87/96; no §1º da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, e na alínea “c” do inc. II do caput do art. 23 da Lei nº 7014/96, por estar em consonância com o valor real da operação correspondente ao fato presumido, sob pena de insuportável desvirtuamento da regra de competência tributária do ICMS, descrita no art. 155, II, da Constituição da República.

A Procuradora considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido. Afirma que as arguições de constitucionalidade devem ser rechaçadas porquanto falece ao Conselho de Fazenda a declaração de constitucionalidade, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Afirma que a imputação está clara e devidamente alicerçada nos demonstrativos analíticos do ICMS ST retido a menor, fls. 09 a 35, e o lançamento atende a todos os requisitos do artigo 39 do RPAF/99, não tendo havido violação aos princípios de Direito Administrativo, ou Tributário.

Aduz ser improcedente a alegação de nulidade da decisão da JJF porquanto o indeferimento da diligência foi objeto de apreciação específica pelo Órgão de primeiro grau, conforme atesta o conteúdo do Acórdão guerreado, e foi tomada com base no artigo 147, I, “a”, do RPAF/99. Comunga do entendimento de que a decisão pela rejeição da diligência deveria ser mantida por esta CJF, em face dos elementos probatórios constantes dos autos.

Assevera que os argumentos do contribuinte quanto ao mérito não devem ser acatados uma vez que, na apuração da base de cálculo do ICMS ST nas operações com medicamentos oriundos de outros Estados, é legítima a aplicação do preço máximo sugerido pelo fabricante que, quando existente, deverá prevalecer em relação ao valor da operação própria, adicionada de outras despesas e Margem de Valor Agregado, conforme previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, cuja norma foi recepcionada pelo artigo 61, §2º, I, do RICMS/BA/97.

Afirma que no caso em tela o contribuinte é um estabelecimento industrial de produtos farmacêuticos (medicamentos genéricos e similares), com sede no Município de São Gerônimo/RS, que realiza com habitualidade operações de vendas de mercadoria para distribuidoras de medicamentos, atacadistas, localizados em diversos Estados da Federação. Que a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/4 estabelece, com clareza solar, que a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço constante da tabela sugerida pelo Órgão competente para venda ao consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

A Procuradora frisa que os demonstrativos elaborados pelo Fisco comprovam a retenção a menor do ICMS ST nas notas fiscais emitidas pelo autuado, devidamente inscrito como substituto no Estado da Bahia.

Aduz ser incabível a aplicação dos benefícios previstos no Decreto nº 11.872/09 porque o recorrente não é uma distribuidora de medicamentos localizada na Bahia.

Expõe que não podem as distribuidoras de medicamentos localizadas na Bahia, mesmo com Termo de Acordo assinado com esta Unidade Federativa, responsabilizarem-se pela antecipação, dispensando o autuado da obrigação de substituto tributário, posto que inexiste Protocolo assinado entre a Bahia e o Rio Grande do Sul, conforme preconiza o artigo 2º do Decreto 11.872/09.

Expõe que as decisões colacionadas pelo recorrente não são dotadas de caráter vinculante perante as decisões prolatadas por este Conselho de Fazenda Estadual.

Conclui opinando pelo improviso do Recurso Voluntário interposto.

Em assentada de julgamento o contribuinte apresentou Memorial, acostado às fls. 377 a 404 em que, dentre outros pontos, apresentou Pedido de Redistribuição do processo, por prevenção, aduzindo que a matéria fora julgada pela Segunda CJF deste Conselho.

Em seguida aduz que na sistemática de operações com pagamento de imposto por substituição tributária a empresa trabalha com base em fatos presumidos. Que discute o critério de determinação da base de cálculo porque o critério de preço máximo ao consumidor é um critério de preço-teto, e não do preço praticado na operação. Que não há tabelamento de preços.

Discorre a respeito do histórico da fixação de preços de remédios, e sobre a diferença entre medicamentos “de referência”, genéricos e similares. Aduz que uma vez comprovado que o PMC não espelharia o valor real da operação de venda de um mercado, tem-se o questionamento sobre a determinação dos valores dos medicamentos para efeito de fixação de base de cálculo. Que se está falando de tributação de medicamentos, algo essencial à saúde.

Discorre acerca da necessidade de realização de diligência para que fosse verificado o preço real de venda de medicamentos. Reprisa a citação recursal acerca do Decreto 11.872/09 e da pergunta feita via correspondência eletrônica a esta Sefaz/BA. Aduz que a maioria dos estabelecimentos da Bahia, listados no Auto de Infração, é detentora de regime especial. Que o autuado é apenas contribuinte substituto, e não é estabelecimento da Bahia.

Pede o Provimento do Recurso apresentado.

A Representante da PGE/PROFIS presente à sessão de julgamento endossa os termos do Parecer PGE/PROFIS às fls. 372 a 374. Aduz que analisando a questão da prevenção arguida pelo contribuinte verifica que no Acórdão CJF mencionado pelo sujeito passivo não houve decisão de mérito pela segunda instância deste Conselho de Fazenda, apenas declaração de nulidade da decisão de base, e opina no sentido do não atendimento do pleito recursal quanto à redistribuição do processo.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1^a Instância no que tange à infração imputada.

Preliminarmente, quanto ao pedido de redistribuição por prevenção, exponho que o RPAF/99 não prevê este procedimento. Assim embora o CPC seja, em linhas gerais, fonte subsidiária do procedimento administrativo processual neste Conselho de Fazenda, uma vez inexistente base normativa específica para a pretendida redistribuição do processo, esta não é obrigatória.

Por outro lado, analisando os documentos trazidos pelo contribuinte, inclusive os Acórdãos CJF 0107-12/14 e Acórdão JJF 0155-05/13, ambos atinentes ao outro PAF, oriundo do Auto de Infração nº 281331.0301/13-4, que é o citado pelo contribuinte, verifico que embora de fato a acusação fiscal objeto daquela lide seja similar à da presente análise, naquele feito a 2^a CJF não chegou a apreciar o mérito da questão no Acórdão CJF 0107-12/14, limitando-se a decidir pela nulidade da decisão que ali fora objeto de Recurso Voluntário.

Outrossim, a base para a declaração de nulidade daquela outra decisão de primeira instância baseou-se no entendimento de que a 5^a JJF não se teria debruçado sobre a questão da aplicação do Decreto estadual 11.872/09 àquela situação.

Ressalto que no processo agora em análise a 2^a JJF debruçou-se sobre esta alegação de forma específica, esgotando o tema, conforme lê-se no Voto do ilustre relator *a quo*, que está transscrito no Relatório que antecede este meu voto.

Por conseguinte, nem mesmo se existente a prevenção suscitada, caberia tal alegação do contribuinte. Voto no sentido do não acolhimento do pleito do contribuinte a este respeito.

Também preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância e no Parecer da PGE/Profis, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes à mesma e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo. Arguição de nulidade do Auto de Infração rejeitada.

Em relação à arguição de nulidade da decisão de base, verifico que a negativa do pedido de perícia foi lastreada no dispositivo normativo atinente, tendo a JJF entendido que a base de cálculo foi encontrada com base na norma de regência. Por outro lado, assinalo que a JJF debruçou-se sobre as alegações do contribuinte, tendo-as analisado e rechaçado pontualmente. Quanto à extensão da fundamentação, no voto do Acórdão recorrido, relativa à negativa do pleito de declaração de nulidade do Auto de Infração, tal dado apenas demonstra o cuidado que a JJF teve na apreciação de cada ponto suscitado pelo contribuinte, tendo assim respeitado não só o direito de defesa do autuado, como também entendido a relevância de cada dado apontado, procedimento irretocável em termos processuais. Válida e regular, em todos os termos, a decisão de piso. Comungo do entendimento esposado pela PGE/Profis também quanto a este aspecto e voto no sentido do não acolhimento da alegação de nulidade da decisão de primeira instância.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de ilegalidade, bem como negar a aplicabilidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Ainda preliminarmente, indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito observo que, tal como diz o autuante, o Estado do Rio Grande do Sul, onde localizado e inscrito no cadastro de contribuintes o ora recorrente, era signatário do Convênio ICMS 76/94 à época dos fatos geradores fulcro deste processo. O recorrente também estava inscrito no cadastro de contribuintes da Bahia, na condição de Substituto Tributário estando, portanto, subordinado ao cumprimento das normas dispostas no Convênio ICMS 76/94, e às do Convênio ICMS 81/93, que estabelece as normas gerais da substituição tributária nas operações mercantis para o Estado da Bahia com os produtos a eles vinculados.

Também quanto ao mérito não merece reparo a decisão recorrida.

O Convênio ICMS 76/94 [Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos] determina, em suas Cláusulas Primeira e Segunda:

Cláusula primeira. 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 subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

(...)

§ 2º É vedado ao estabelecimento importador ou industrial fabricante promover saída dos produtos indicados nesta cláusula para destinatário revendedor sem a correspondente retenção do imposto.

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:

Assim, o Fisco da Bahia obedeceu ao preconizado na legislação de regência ao utilizar o Preço Máximo de Venda ao Consumidor – PMC para encontrar a base de cálculo utilizada para efeito de exigir do contribuinte o imposto retido e recolhido a menor, quando levada a cabo a auditoria fiscal realizada.

Por outro lado, quanto à arguição de que a troca de correspondência eletrônica com esta SEFAZ/BA teria sido a base de orientação para o ora recorrente, quanto ao procedimento que adotou, observo que existem dados que contraditam tal alegação.

Em um aspecto, observo que a troca de correspondência operou-se em 22/05/2012, conforme documento colacionado pelo contribuinte às fls. 284 a 286, e os fatos objeto da exação são do período de janeiro/2011 a dezembro/2012.

Por outro lado, já em tal correspondência há o aviso quanto a que ali não se configurava uma consulta formal (fl. 285).

Ainda na análise desta alegação, assinalo que a resposta refere-se às perguntas tal como formuladas pelo contribuinte (fl. 286), e que quando foi na resposta transcreto o Decreto estadual 11.872/09, no artigo 2º deste Decreto há a condição expressa, para fruição daquele tratamento ali preconizado, à existência de “acordo interestadual”, o que no caso presente não se configura.

Portanto, impossível atender ao pleito recursal no sentido de que às suas operações seja agora aplicada a previsão de responsabilidade do contribuinte baiano em relação ao ICMS devido pelo substituto tributário, no caso o ora autuado.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

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 281331.0401/13-9, lavrado contra **MULTILAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$22.221.879,55, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, “II, “e”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2014

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENCOÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS