

A. I. Nº - 299131.0007/17-0
AUTUADO - WB COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA - ME.
AUTUANTE - LUIZ MORAES DE ALMEIDA JUNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28. 02. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0005/01/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO SUBSEQUENTE. MERCADORIAS DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS (CONV. 76/94). NÃO RECOLHIMENTO. O levantamento fiscal foi realizado de acordo com a legislação tributária atinente à matéria. A fiscalização utilizou a regra da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, adotando os preços dos produtos elencados em revista especializada, aplicando o redutor de 10%. Não constam comprovantes de quaisquer pagamentos, em face às operações colhidas pela fiscalização; empresas remetentes localizadas nos Estados de Sergipe e Alagoas, não cuidaram da inscrição na Bahia como substituto tributário. A legislação do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96 - art. 6º, inciso XV) estabeleceu a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto ao contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/06/2017, exige ICMS no valor de R\$5.726.259,00, além da multa de 60%, em razão da apuração da seguinte irregularidade: *"Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS, devido em razão de responsabilidade solidária, referentes às aquisições de outra unidade da federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção"*.

Na defesa apresentada, fls. 161/162, através do seu sócio proprietário, com Contrato Social, anexado às fls. seguintes, o impugnante resume os fatos infringidos, aduzindo que o Auditor Fiscal entendeu que a empresa autuada recolheu ICMS a menor, devido por antecipação tributária, quando da entrada no Estado da Bahia de medicamentos oriundos de outras unidades da federação.

Ressalva que o fiscal deixou de observar que a empresa adquiriu mercadorias no Estado de Sergipe, que está no Convênio 76/94, que estabelece a responsabilidade pelo pagamento para o fornecedor e não do adquirente. Fornecedor, inclusive, já autuado pelo Estado da Bahia.

Questiona o PMC, pedindo que a fiscalização demonstre item a item, nota a nota, refazendo os cálculos apurados. Volta a indagar se o fornecedor MD Comercial Ltda já foi autuado, como pode a SEFAZ da Bahia fazer nova exigência, desrespeitando o Código Tributário Nacional, uma vez que o imposto não pode ser pago duas vezes.

Na Informação Fiscal, fls. 187/191, o Auditor assente que cerca de 90% das mercadorias autuadas

são provenientes da MD Comercial Ltda (CNPJ 04.261.720/0001-61), no Estado de Sergipe, sujeitas as normas do Convênio ICMS 76/94.

Transcreve a cláusula primeira do aludido Convênio, o que bastaria para inviabilizar o pleito alegado pela defesa, pois se constata através dos DANFE, s anexados no CD, que as operações Bahia – Sergipe, com CFOP 6403 e 6102 (venda de mercadorias adquirida ou recebida de terceiros sem ST, respectivamente), concluindo que o remetente não se enquadra nas condições de importador nem de industrial fabricante.

Diz que o remetente em operações interestaduais de medicamentos realizadas para outros atacadistas, somente estará dispensado de efetuar o recolhimento do ICMS-ST se revestir da condição de sujeito passivo, conforme a cláusula primeira do Convênio 76/94, isto é: se exercer as atividades de industrial fabricante ou importador.

Explica que não tem destaque do ICMS-ST nas notas fiscais das operações, recolhimento através de GNRE, além de a empresa remetente encontrar-se localizada no Estado do Sergipe, não é inscrita na Bahia como substituto tributário. Nessa hipótese, deve ser aplicado o disposto no inciso XV do art. 6 da Lei 7.014/96, efeitos a partir de 31.03.10 (Decreto 11.899/10), competindo ao destinatário das mercadorias a responsabilidade por solidariedade pelo pagamento do tributo devido pelos remetentes que não se encontravam inscrito como substituto tributário, no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.

Quanto ao PMC, informa que detalhou o seu valor na planilha anexa aos autos, com base na tabela da ABCFarma, o que pode ser conferido no site da Anvisa (<http://portal.anvisa.gov.br/listas-de-precos>). Diz ainda que foram colocados à disposição todos os elementos que poderiam (se quisesse) conferir cada PMC utilizado em cada nota fiscal de aquisição das mercadorias autuadas.

Concluiu que o autuado buscou apenas desqualificar o levantamento fiscal.

Quanto a alegação da autuação, em face à MD Comercial Ltda, responde que tal empresa não tem inscrição nesse Estado e não poderia ser alcançada pelo Fisco estadual.

Pede a procedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a infração descrita e relatada na inicial dos autos, versando sobre a exigência de ICMS por substituição tributária – ICMS-ST, nas operações com medicamentos da linha humana, em operações interestaduais, regidas pelo Convenio ICMS nº 76/94 e disposições da legislação interna do Estado da Bahia.

Preliminarmente, verifico que o contribuinte autuado é uma sociedade empresaria, que explora a atividade econômica do comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano – CNAE FISCAL 4644-43/1. Nome de fantasia Total Distribuidora.

Em sua defesa, alega que o fiscal não observou que a empresa adquiriu mercadorias no Estado de Sergipe, que está no Convênio 76/94, e estabelece a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST para o fornecedor, MD Comercial Ltda, e não do adquirente e que aquele já fora, inclusive, alcançado pelo Estado da Bahia. Questiona os cálculos e o PMC aplicados.

Da análise dos documentos apensados aos autos relativos à infração, verifico que o impugnante recebeu produtos farmacêuticos enviados pelos estabelecimentos atacadistas MD COMERCIAL LTDA (CNPJ 04.261.720/0001-61) e MIFARMA COMERCIO E REPRESENTACAO LTDA – ME (CNPJ 01.015.922/0001-35), localizados, respectivamente, nos Estados de Sergipe e Alagoas, signatários do Convênio ICMS 76/94, que “*dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos*”.

Em princípio, nos moldes da Cláusula primeira do já citado convênio, o remetente industrial fabricante e o importador das mercadorias, localizado naquelas unidades federativas, é que teriam a obrigação de efetuar a retenção do imposto estadual. Vejamos a legislação citada:

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 subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário. (grifos não originais)*

Como as empresas remetentes exercem a atividade de atacadista, não se revestem, portanto, da condição de sujeitos passivos por substituição inseridos na Cláusula primeira do Convênio ICMS 76/94. Ocorre que esse Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) já firmou o entendimento reiterado de que, consoante a Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93, o contribuinte remetente é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária por meio dos diversos Convênios e Protocolos dos quais o Estado da Bahia é signatário, seja ele importador, distribuidor, industrial fabricante, atacadista ou varejista. A Cláusula segunda do referido Convênio assim se expressa:

Cláusula segunda *Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. (grifos não originais)*

O Regulamento do ICMS desse Estado (RICMS/97) recepcionou tal orientação, como a seguir transcrito:

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).

O mesmo ocorre no RICMS/12:

Art. 295. Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas.

Nesse sentido, em princípio, o direito assiste ao autuado, na alegação de que a responsabilidade tributária não lhe pode ser atribuída, mas, aos remetentes atacadistas pelas normas do Convênio ICMS 81/93 (regras gerais). O lançamento de ofício, assim, deveria ter sido lavrado contra os remetentes das mercadorias e não contra o impugnante (que não seria contribuinte da relação jurídica).

Contudo, verifico que os estabelecimentos remetentes não cuidaram da inscrição no cadastro de contribuintes no Estado da Bahia, na qualidade de substituto tributário. Nessa hipótese, deve ser aplicado o disposto no inciso XV do art. 6 da Lei 7.014/96, efeitos a partir de 31.03.10 (Decreto 11.899/10), competindo ao destinatário das mercadorias a responsabilidade por solidariedade pelo pagamento do tributo devido pelos remetentes que não se encontravam inscrito como substituto tributário, no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, efeitos a partir de 31/03/10, como a seguir reproduzido:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

(...)

§ 2º Respondem pelo crédito tributário todos os estabelecimentos do mesmo titular.

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

Sabe-se que a responsabilidade (substituição) tributária é a obrigação legal, assumida pelo sujeito passivo da relação jurídico tributária, não diretamente beneficiado pelo ato praticado perante o fisco de pagar o tributo ou a penalidade pecuniária. Denomina-se responsável o sujeito passivo da obrigação tributária que, sem revestir a condição de contribuinte, sem ter relação pessoal e direta com o fato gerador respectivo, tem seu vínculo com a obrigação decorrente de dispositivo expresso em lei.

A lei pode ainda, ao atribuir a alguém a responsabilidade tributária, liberar o contribuinte; mas pode também atribuir apenas supletiva (CTN, art. 128) ou solidariamente (CTN, art. 124).

Na responsabilidade solidária legal, situações em que a lei impõe ao terceiro a tomada de determinadas providências para impedir ou dificultar a omissão do contribuinte (art. 124, II, CTN). A solidariedade é, na essência, a omissão de um dever de diligência, de vigilância. Justamente por isso, o solidário não pode ser um terceiro qualquer, mas alguém que tenha relação com o fato gerador.

A legislação do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96 - art. 6º, inciso XV) estabeleceu a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto ao contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

De posse dos demonstrativos integral e analítico, contemplando todas as operações que implicaram falta de recolhimento do ICMS-ST, competiria ao autuado manejar a sua defesa objetivamente, o que não ocorreu. O argumento de que a obrigação seria do remetente já o analisamos nas linhas precedentes. No argumento de que o Fisco baiano não pode cobrar em duplicidade, igualmente, o direito não assiste ao autuado,

Não constam comprovantes de quaisquer pagamentos, em face às operações colhidas pela fiscalização, sejam através da GNRE, ou outra forma de recolhimento; as empresas remetentes localizadas nos Estados de Sergipe e Alagoas, não cuidaram da inscrição na Bahia como substituto tributário.

Com relação ao raso questionamento defensivo acerca da apuração dos cálculos e aplicação do PMC (preço máximo a consumidor), verifico pelas planilhas acostadas aos autos (fls. 14 a 152) que o autuante aplicou corretamente o preço sugerido pelos fabricantes e constante nas próprias notas fiscais de venda da mercadoria (CFOP 6403 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto). Reduziu em 10% a base de cálculo do tributo, consoante o disposto expresso no artigo 23, § 3º, da Lei nº 7.014/96 e no artigo 61, inciso I, c/c seu § 2º, inciso I, do RICMS/97, a seguir transcritos, na redação vigente de abril a dezembro de 2010:

LEI Nº 7.014/96:

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

§ 3º Nas situações previstas em regulamento, em substituição ao disposto no inciso II do caput deste artigo, a base de cálculo para fins de substituição tributária será o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador. (redação dada pela Lei nº 11.899/10, efeitos a partir de 31/03/10).

A jurisprudência deste CONSEF vem entendendo, de há muito, que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária (no caso de medicamentos) é o preço determinado pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta desse preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. 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.

Portanto, os argumentos defensivos não podem ser acolhidos, uma vez 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 já citados.

Infração que resta caracterizada integralmente, no valor de R\$5.726.259,00. Pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299131.0007/17-0**, lavrado contra **WB COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA - ME.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.726.259,00**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, "e" da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais previstos pela Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR