

**PROCESSO** - A.I. Nº 206960.0022/00-3  
**RECORRENTE** - LABORATÓRIO DUCTO INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO REVISTA – Acórdão 2ª CJF nº 2077-12/01  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 15.04.02

**CÂMARA SUPERIOR**

**ACÓRDÃO CS Nº 0025-21/02**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO RETIDO. Presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso. No mérito, em relação às mercadorias objeto desta autuação, medicamentos, o Convênio 76/94 prevê que o fabricante deve reter o imposto devido pelo destinatário, nas operações subsequentes. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de um Recurso de Revista interposto após Decisão que negou provimento ao Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0830/01 da 1ª JF que decidiu pela procedência do Auto de Infração que fora lavrado para reclamar retenção a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, por erro na determinação da Base de Cálculo em razão de não utilizar o Preço Máximo de Venda ao Consumidor – PMC, conforme determina o Convênio ICMS nº 76/94 e posteriores alterações, sendo que os referidos preços foram fornecidos pelo próprio fabricante e publicados nas revistas especializadas.

Em seu Recurso de Revista o recorrente traz como paradigmas os seguintes Acórdãos:

- Acórdão nº 0044/01 da 2ª CJF, onde o Auto de Infração foi lavrado em razão de recolhimento a menor do imposto sobre a mercadoria enquadrada na substituição tributária de produtos farmacêuticos, oriundos de outro estado. Neste segundo caso o processo foi julgado inicialmente procedente e em Recurso Voluntário foi provido, pois, houve a comprovação de que o autuado havia feito o recolhimento com base na 3ª hipótese do Convênio 76/94 e em valores a maior que o devido, não havendo descumprimento da legislação.
- Acórdão nº 0934/01 da 2ª CJF, onde se reclamou falta de retenção e recolhimento a menor do imposto, pelo fato de não se ter utilizado os preços máximos de venda ao consumidor, sugeridos pelo industrial e publicado na revista Abcfarma. Neste caso o Recurso Voluntário foi provido em parte.

Com relação à falta de retenção do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes do estado da Bahia a infração foi confirmada.

Quanto à retenção a menor do ICMS pelo fato de não se ter utilizado os preços máximos de venda ao consumidor, sugeridos pelo industrial e publicado na revista Abcfarma, não houve

comprovação de que os produtos objeto da autuação tinham seus preços publicados na revista, restando insubsistente a acusação deste item.

- Acórdão nº 2806/00 da 2ª CJF, onde o Auto de Infração foi lavrado em razão de pagamento a menor através de GNR, de imposto sobre mercadoria enquadrada na substituição tributária de medicamentos procedentes de outra unidade da Federação, onde o julgamento inicial deu-se pela procedência e em Recurso Voluntário teve a Decisão reformada para procedente em parte, pois, constatou-se que o autuante havia incluído produtos que não constavam da tabela da ABCFARMA, sendo então excluídos da autuação.

Acrescenta que em nenhuma oportunidade o Consef observou que os autuantes não utilizaram a base de cálculo prevista na Lei nº 7.014/96 em seu art.23, tendo aplicado, unicamente, as regras do Convênio nº 76/94.

Afirma que os tribunais têm sido unânimes em afirmar a imprescindibilidade da lei para a delimitação da base de cálculo, sendo descabida a exigência deste Auto de Infração.

Em Parecer a PROFAZ opina pelo não conhecimento do Recurso de Revista, pois, considera que houve a confirmação nos autos de que o autuado não praticava a base de cálculo prevista no Convênio ICMS 76/94, que seria o preço máximo de venda a consumidor final publicado em tabela Abcfarma e nas decisões trazidas como paradigmas as empresas praticavam o preço da tabela ou até mesmo efetuavam o recolhimento a maior que o determinado pelo Convênio. Assim, não houve julgamento divergente que enseje o conhecimento do Recurso de Revista.

#### **VOTO**

Neste Recurso de Revista inicialmente devemos analisar os requisitos de admissibilidade previstos no art.169, II do RPAF/99, quais sejam a existência de decisões divergentes entre as Câmaras deste CONSEF, quando se tratar de idêntica situação jurídica.

O recorrente cita como paradigmas os Acórdãos nº 0044/01, 0934/01 e 2806/00, todos proferidos pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, “*data venia*” do entendimento da douta PROFAZ, entendo que os mesmos servem como Paradigma, haja vista tratarem da mesma situação jurídica decidida de forma divergente, que seria a autuação originada por recolhimento a menor de ICMS sobre mercadoria enquadrada na substituição tributária, oriundas de outro estado, onde, no Auto de Infração ora em análise a Decisão deu-se pela procedência do lançamento fiscal, enquanto nas Decisões Paradigmas uma decidiu pela procedência parcial do auto enquanto a outra pela improcedência.

Portanto, de acordo com a análise das decisões apresentadas, voto pelo conhecimento deste Recurso de Revista por entender estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao mérito temos que:

- Acórdão nº 0044/01 – neste caso houve a comprovação de que o autuado havia recolhido o imposto com base na 3ª hipótese do Convênio 76/94, inexistindo o descumprimento arguido inicialmente. Auto de Infração julgado improcedente.

- Acórdãos nº 2806/00 e 0934/01 – nestes casos comprovou-se que o autuante utilizou produtos que, de fato não estavam presentes na lista da ABCFARMA, resultando na exclusão destes. Os Autos de Infração foram julgados procedente em parte.

No presente Auto de Infração restou confirmada a presença dos produtos objetos da autuação na citada revista, ao contrário do ocorrido nos Acórdãos nº 2806/00 e 0934/01, além de que, como já dito pelo Relator de 1ª instância:

“O que temos nos autos é uma tabela de preços apresentada pelo fabricante, onde ficam estabelecidos os preços fabrica e consumidor, preços esses sugeridos pelo fabricante, dentro das normas estabelecidas no §3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, não prevalecendo a alegação de que tais tabelas tem finalidade de meros controles das unidades fabris.

Ressaltando-se, inclusive que o § 1º, do art. 2º, da Portaria Ministerial nº 37/92, ao estabelecer que o preço máximo ao consumidor para os produtos farmacêuticos da linha humana seja calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (Preço fabricante), determina expressamente a obrigatoriedade de os laboratórios fabricantes de tais produtos apresentem tabela de preço/fabrica, para daí proceder aos cálculos, a fim de se conhecer o preço máximo de venda ao consumidor. E para o atendimento ao que estabelece a Portaria Ministerial nº 37/92, no seu art. 4º, é necessário se conhecer o preço/fabrica, para que as Revistas do ramo possam publicar os preços máximo de venda ao consumidor.

Tais cálculos estão previstos no Anexo 88 do RICMS/97, que estabelece a margem do valor adicionado — MVA, e no Anexo 86, através de suas Notas Explicativas, que orienta como se devem efetuar os cálculos do tributo a ser retido ou antecipado.

Desta forma, concluo que nos autos estão demonstrados que o defendente tem tabela de preço sugerido ao consumidor final e que os cálculos para a apuração da diferença do imposto a ser exigido foi tomado com base as próprias informações do autuado, mediante preços sugeridos, conforme se constata às fls. 16-A a 21-A dos autos.”

Pelo exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Revista, mantendo a procedência da autuação.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0022/00-3**, lavrado contra **LABORATÓRIO DUCTO INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$944.387,55**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS.- PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO. - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFZ