

PROCESSO - A.I. Nº 206983.0010/00-7  
RECORRENTE - LABORATÓRIO TÊUTO BRASILEIRO LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 2042-01/01  
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO  
INTERNET - 01/03/02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0075-11/02

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO. IMPOSTO RETIDO A MENOS POR SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA A CONSUMIDOR COMO BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO. Ausência de vícios formais que inquene de nulidade o lançamento de ofício. Infração caracterizada. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata o presente de Recurso Voluntário - previsto no art. 146, inciso I, “b”, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB - aprovado pela Lei nº 3.956/81, com alteração da Lei nº 7.438/99 - impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 2042-01/01, que julgou o Auto de Infração epígrafado PROCEDENTE.

O Auto de Infração foi lavrado imputando ao recorrente a retenção de ICMS a menos nas vendas de medicamentos para contribuintes situados no Estado da Bahia, em virtude de ter deixado de utilizar, na determinação da base de cálculo, os preços máximos de venda a consumidor publicados através da revista *ABCFARMA*, conforme determinam o Convênio ICMS nº 76/94 e a Portaria SUNAB nº 37/95 (*sic*).

A Decisão Recorrida – fls. 874 a 880 – foi pela Procedência integral do Auto de Infração, com a seguinte fundamentação, que ora transcrevemos em parte, “*in verbis*”:

*“...Na legislação baiana, a base de cálculo da substituição tributária está disciplinada no art. 23 da Lei nº 7.014/96:*

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

.....

*II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*

*a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*

*b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*

*c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.*

.....

*§ 2º. Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.*

*§ 3º. Na falta do preço estabelecido pelo órgão competente a que se refere o parágrafo anterior, a base de cálculo, para fins de substituição tributária, poderá ser o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador, se houver, desde que, comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído.*

.....”

*De acordo com o § 3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, acima transcrito, na falta do preço estabelecido pelo órgão competente, a base de cálculo da substituição tributária é o preço final a consumidor fixado ou o preço sugerido pelo fabricante ou importador, se houver, e desde que, comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelos contribuintes substituídos (farmácias, drogarias, etc.).*

*Com efeito, as expressões “se houver” e “comprovadamente” indicam que a lei prevê dois requisitos neste caso: que o preço seja sugerido pelo fabricante (se houver) e que o preço sugerido seja, comprovadamente, aquele que o contribuinte substituído pratica.*

*Não há dúvida que os preços adotados pela fiscalização no cálculo da diferença em exame são sugeridos pelo fabricante, haja vista que se encontram impressos em listas da própria empresa. Quanto ao outro requisito – que, comprovadamente, os preços em questão sejam os adotados pelas farmácias – trata-se de uma decorrência lógica do primeiro.”*

Irresignado com o Julgado, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário – fls. 894 a 906 – onde inicialmente suscita a nulidade da exigência fiscal, por entender que o Auto de Infração utiliza base de cálculo não prevista em lei, pois a Junta de Julgamento Fiscal considerou como competente para definir a base de cálculo a Lei nº 7.014/96, e o autuante teria baseado o lançamento fiscal utilizando-se da base de cálculo prevista no Convênio ICMS nº 76/94 combinado com a Portaria nº 37/92, além do que a Legislação Estadual imporia base de cálculo diversa da prevista nos referidos Convênio e Portaria, citando o art. 97 do Código Tributário Nacional e jurisprudência que entende corroborar sua tese.. No mérito, pede a decretação da Improcedência da autuação, asseverando que o autuante utilizou-se da segunda hipótese de base de cálculo prevista na Cláusula segunda do Convênio citado, ou seja, preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo fabricante, mas que somente na falta do preço constante de tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor, conforme estabelece a Portaria nº 37/92, é que poderia ser aplicado aquele critério. Afirma que recolheu o imposto corretamente, com base no que determina a Lei nº 7014/96, única com competência para definir a base de cálculo da substituição tributária, que seria o art. 23, inciso II, e suas alíneas.

A PROFAZ, através de Parecer de nº 24/02 - fls. 913 a 915 - manifesta-se pelo Improvimento do Recurso Voluntário, consignando que são ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão da Decisão.

## VOTO

Inicialmente devemos fixar que não há nenhum vício formal que inquie de nulidade o presente lançamento de ofício. A base de cálculo utilizada está consentânea com o Convênio ICMS nº 76/94 e com a Lei nº 7.014/96, não havendo a propalada divergência de critérios de fixação da base de cálculo, e isto porque os autuantes utilizaram como critério de fixação da base de cálculo do imposto a ser exigido a disposta na Cláusula segunda do referido Convênio, que encontra amparo na Portaria nº 37/92. Ou seja, a partir do preço fábrica estipulado pelo próprio autuado, constante de listas disponibilizadas à fiscalização pelo sujeito passivo – fls. 708 a 797 – os autuantes calcularam o preço máximo ao consumidor estabelecido na forma que determina o órgão competente para tal, no caso a Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda, e que serve de base de cálculo do ICMS a ser recolhido por substituição tributária.

E de fato estabelece a citada Portaria no seu §1º do seu art. 2º, que o preço máximo ao consumidor para os medicamentos da linha humana será calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e será único em todo o território nacional. Ora, o que fizeram os autuantes?. Com base na Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, em seu primeiro critério de fixação de base de cálculo, verificaram o preço fábrica do autuado, dividiram pelo percentual fixado pela Portaria multicitada, e encontraram o preço máximo ao consumidor, base de cálculo da substituição tributária. A partir daí confrontaram este preço máximo com as publicações da ABCFARMA, e detectaram recolhimento a menos, conforme planilhas auto explicativas insertas às fls. 7 a 662 dos autos.

Os autuantes, em sua informação fiscal – fls. 702 a 704 - consignaram, expressamente que, *“in verbs:” “os preços máximos consignados nos demonstrativos constam da tabela da ABCFARMA, cujos registros são devidamente informados pelo impugnante, fornecidos pelo autuado, conforme consta cópia em anexo.....ressaltando que a portaria Ministerial 37, de 11 de maio de 1992 do Ministério da Fazenda e Planejamento é o Diploma legal competente para a determinação de preço máximo de venda a consumidor e base para aplicação da substituição tributária, nos termos da Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94. ....Por outro lado, há de se observar que o preço máximo ao consumidor deverá ser sugerido pelo estabelecimento industrial conforme determina a Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94 deste mesmo dispositivo, e no parágrafo 6º dispõe que o contribuinte deverá remeter listas atualizada dos preços referidos para a repartição fiscal da qual mantém inscrição estadual”*

Como visto, o critério de apuração da base de cálculo utilizado pelos autuantes está correlacionado (ou previsto, como se queira) com o §2º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, e não com o §3º deste mesmo artigo como entendeu a Junta de Julgamento Fiscal, a nosso ver, equivocadamente, possibilitando que o recorrente alegasse distorção entre o constante no Convênio e o fixado na lei ordinária do ICMS deste Estado, culminando em pleitear a nulidade do lançamento de ofício por suposta infringência ao princípio da reserva legal.

Ressaltamos que as tabelas ou listas consubstanciam-se em publicações (revistas) do ramo - como ABCFARMA, PHARMÁCIA, e outras – que utilizam como parâmetro os preços máximos fixados para

o consumidor, que por sua vez retratam os preços praticados pelo comércio varejista e se resumem em dados oriundos dos próprios fabricantes. Esta é a mecânica para apuração da base de cálculo. E foi a aplicada pelos autuantes, corretamente.

Do exposto, em que pese a fundamentação do voto exarado pelo Relator de 1ª Instância ser, “*data vênia*” equivocada ao entender ter sido utilizado o critério de fixação da base de cálculo previsto no §º3, e não no §2º do art. 23 do diploma legal multicitado, contrariando, assim, o constante nos autos, isto não macula o Julgado, posto que concordamos com a conclusão no sentido de ser decretada a procedência da exigência fiscal. Assim, com a fundamentação acima exposta, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

#### 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 **206983.0010/00-7**, lavrado contra **LABORATÓRIO TÊUTO BRASILEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.998.087,28**, 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, 26 de fevereiro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA

MARIA JOSÉ R. COELHO LINS DE ANDRADE SENTO SÉ - REPR. DA PROFUZ