

PROCESSO - A.I. Nº 206766.0013/01-2
RECORRENTE - COSTA PORTO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 2200-02/01
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 11.04.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0101-11/02

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, de acordo com a Portaria nº 270/93, alterada pela Portaria 141/94, é devido pelo adquirente da mercadoria, o pagamento do imposto por antecipação na entrada, no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade da ação fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos provenientes de outras Unidades da Federação, e relacionadas nos Anexos 69 e 88, conforme notas fiscais discriminadas às fls. 11 a 13, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, com base no preço máximo ao consumidor publicado mensalmente pela ABCFARMA.

O Auto de Infração foi julgado procedente, tendo o Relator da 2ª JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“Na análise das peças processuais verifica-se que o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir, da empresa adquirente, estabelecida no Estado da Bahia, a diferença do imposto, por substituição tributária, retido a menos pelo remetente, referente a aquisição de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras Unidades da Federação (São Paulo e Goiás), em virtude de erro na determinação da base de cálculo, com base no preço máximo de venda a consumidor publicado na Revista ABC FARMA, conforme notas fiscais discriminadas às fls. 11 a 13 dos autos.

O autuado, ao defender-se, suscitou a nulidade da ação fiscal, a pretexto da ilegitimidade passiva da obrigação tributária, com base na preliminar de não cabimento da exigência fiscal do ICMS por substituição tributária, por entender que a responsabilidade é do remetente das mercadorias, visto que o mesmo está situado em outra Unidade da Federação signatária de Convênio ICMS substituição interestadual. Ainda como preliminar, o defendente aduz ilegalidade da base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, com base nos preços máximos de venda a consumidor publicados na Revista ABC FARMA, pois não há provas que estes sejam os preços sugeridos pelo fabricante, e, ainda que o fossem, entende que a base de cálculo para fins de substituição não pode ser aquela sugerida pelo fabricante, mas sim a fixada pela autoridade oficial, e que o preço de venda a consumidor sugerido pelo fabricante só pode ser utilizado na falta do preço estabelecido pelo órgão competente.

Sobre a questão da alegada ilegitimidade passiva da obrigação tributária, verifica-se que o contribuinte autuado discute a sua condição de sujeito passivo por substituição, nas aquisições em outras Unidades da Federação, e conseqüentemente, a sua obrigação em efetuar a antecipação do imposto das mercadorias objeto da autuação, entendendo que a responsabilidade tributária é do remetente das mercadorias.

Cumpramos observar que consta nas notas fiscais que serviram de base à autuação, que todas as mercadorias tratam-se de medicamentos, e, portanto, estão enquadradas no regime de substituição tributária, e são originárias dos Estados de São Paulo e de Goiás, os quais, deixaram de ser signatários do Convênio nº 76/94 e posteriores, desde 01/01/97 e 01/09/00, respectivamente. Portanto, não assiste razão ao autuado, visto que, tratando-se de aquisições interestaduais de medicamentos, e considerando que os Estados de São Paulo e Goiás na data da ocorrência não mais eram signatários do Convênio ICMS nº 76/94, é de sua inteira responsabilidade o pagamento do imposto, na condição de adquirente das mercadorias, por antecipação na entrada, no território deste Estado, na fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria, na forma estabelecida na Portaria nº 270/93 alterada pela Portaria nº 141/94.

Com relação à base de cálculo para determinação da exigência fiscal, conforme esclareceu o autuante, observo o acerto da ação fiscal, tendo em vista que foi dado estrito cumprimento ao disposto na Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, haja vista que não foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, constante das tabelas de preços publicadas na Revista ABC FARMA. Assim, não há como prosperar a preliminar de ilegalidade da base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, pois a mesma foi calculada corretamente de acordo com o Convênio nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA., qual seja, sobre “..... o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente”.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde afirma não ter cabimento a exigência fiscal do ICMS por substituição tributária, sendo a responsabilidade do remetente da mercadoria.

Diz que durante o período fiscalizado adquiriu mercadorias sujeitas à substituição tributária em outras unidades da Federação que eram signatárias do Convênio de ICMS, e também de Estados não signatários de Convênio voltado para a substituição tributária interestadual.

Entende que no caso das aquisições em outras unidades da Federação que eram signatárias do Convênio de ICMS, não é cabível a exigência do imposto por substituição tributária, pois, a responsabilidade pelo pagamento por antecipação é da empresa remetente da mercadoria, não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança ao mesmo, a cobrança poderá ser feita ao destinatário, mediante Termo de Intimação para Pagamento de Débito espontaneamente, na forma, prazo e condições estabelecidos no RPAF, depois de esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição.

O recorrente questiona qual a legitimidade que têm os preços máximos de venda a consumidor publicados na Revista ABC FARMA, e se os preços nela inscritos são realmente os sugeridos pelo fabricante. Por outro lado, diz que, ainda que os preços publicados na referida revista fossem os preços sugeridos pelo fabricante, mesmo assim, não é cabível a fixação de preços pelo fabricante, isto porque vai de encontro com o que estabelece o artigo 21, da Lei Federal nº 8.884/94 (Antitruste), que dispõe sobre a prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica.

Em seguida, após interpretar os artigos 61, I, do RICMS/97, §2º e §3º do artigo 8º, da Lei Complementar nº 87/96, artigo 23 da Lei nº 7.014/96, e da Portaria nº 37/92 do Ministério da Fazenda e Planejamento, conclui que a base de cálculo para fins de substituição não pode ser aquela sugerida pelo fabricante, mas sim a fixada pela autoridade oficial, e que o preço de venda a consumidor sugerido pelo fabricante só pode ser utilizado na “falta do preço estabelecido pelo órgão competente”.

Em Parecer a PROFAZ opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que o recorrente não apresenta nenhum argumento que já não tenha sido analisado em 1ª Instância.

VOTO

Neste Recurso Voluntário o recorrente repete a defesa apresentada anteriormente sem acrescentar nenhum novo fundamento, como já observado pelo Parecer PROFAZ.

O autuado deixou de observar as regras para a substituição tributária dos medicamentos adquiridos em outras unidades da Federação, ocasionando assim um recolhimento a menos do imposto devido.

Ademais, ao contrário do que afirma o recorrente, tratando-se de aquisições interestaduais de medicamentos, e considerando que os Estados de São Paulo e Goiás na data da ocorrência não mais eram signatários do Convênio ICMS nº 76/94, é de sua inteira responsabilidade o pagamento do imposto, na condição de adquirente das mercadorias, por antecipação na entrada, no território deste Estado, na fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria, na forma estabelecida na Portaria nº 270/93 alterada pela Portaria nº 141/94.

A base de cálculo foi calculada corretamente de acordo com o Convênio nº 76/94, combinado com o artigo 61, I, do RICMS/BA., qual seja, sobre “.....o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente”. No caso presente, o valor constante das tabelas de preços publicadas na Revista ABC FARMA.

Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela representante da PROFAZ e NEGÓCIO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário mantendo a Decisão da 2ª JF.

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 **206766.0013/01-2**, lavrado contra **COSTA PORTO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$106.727,43**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO - RELATORA

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