

PROCESSO - A.I. Nº 206844.0104/00-9
RECORRENTE - LABORATÓRIO CATARINENSE S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 2073-04/01
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 02.05.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0125-11/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS EFETUADAS A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Procedimento em desacordo com a legislação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Decisão mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JF, através do Acórdão nº 2073-04/01, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente a retenção a menos do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de medicamentos realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, exercícios de 1995 a 1998.

A Decisão Recorrida – fls. 446 a 449 - foi pela Procedência “*in totum*” da exigência fiscal, com a seguinte fundamentação, que aqui transcrevemos “*in verbis*”:

“Da análise das peças que compõem o PAF, constata-se que o fundamento da autuação foi em razão do autuado haver procedido a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.”

Para instruir a ação fiscal foram anexados aos autos às fls. 11 a 360, além de outros documentos, os Demonstrativos de Auditoria da Substituição Tributária correspondente ao período de março/95 a agosto/98, onde estão listadas todas as vendas realizadas pelo autuado de medicamentos para contribuintes neste Estado e as diferenças de ICMS ST devida.

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, segundo a qual a presente autuação contém parcelas do ICMS que foi objeto de lançamento anterior. É que os autuantes aos prestarem a sua informação fiscal reconheceram o equívoco incorrido e elaboraram um novo

Demonstrativo de Débito, excluindo às parcelas do imposto cobrado relativo ao exercício de 1995, o qual foi dada ciência ao autuado conforme documentos às fls. 432 e 433.

Adentrando no mérito da autuação, entendo razão não assistir ao autuado pelos seguintes motivos:

I – de acordo com a Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, a base de cálculo da substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante de tabela estabelecida pelo órgão competente para a venda a consumidor, em consonância com o instituto da substituição tributária, que visa alcançar o preço máximo utilizado na fase final de comercialização do medicamento;

II – estabelece, ainda, o Convênio acima citado, no seu § 6º, da mesma cláusula, que o estabelecimento industrial remeterá listas atualizadas dos preços referidos no caput, podendo ser emitido por meio magnético, ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da Federação onde tiver obtido inscrição como substituto tributário;

III – consoante demonstrativos elaborados pelos autuantes, para a apuração das diferenças do imposto retido a menos, foram aplicados os preços constantes da tabela da ABCFARMA para alguns produtos, enquanto para outros, por não terem seus preços divulgados na referida tabela, foi utilizado o preço praticado, acrescido da margem de 60,07%.

Pelo acima exposto, considerando que o autuado descumpriu as normas do Convênio nº 66/74, além de não haver juntado em sua defesa qualquer levantamento acompanhado das respectivas provas para contraditar com os elaborados pelos autuantes, entendo correta a ação fiscal e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Irresignado com o Julgado, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário – fls. 465 a 467 – onde pede a reforma do Julgado, trazendo as seguintes argumentações:

1 – Que os fabricantes de produtos farmacêuticos não sugerem preços ao consumidor, como colocado pelo Julgado e pelos autuantes;

2 – Que as tabelas publicadas pelas revistas especializadas não podem servir de base de cálculo da substituição tributária, pois os órgãos que as elaboram são da classe dos comerciantes e;

3 – Que os preços dos fabricantes são liberados, enquanto os preços dos comerciantes varejistas são estes sim, tabelados.

A PROFAZ, à fl. 483, manifesta-se pelo Improvimento do Recurso, por entender que as razões oferecidas pelo recorrente são inaptas para proporcionar a modificação do Julgamento.

VOTO

Em relação ao mérito da exigência fiscal, entendemos não assistir razão ao recorrente para pedir a reforma do Julgador, posto que a exigência fiscal encontra lastro legal e regulamentar, inclusive constitucional, posto que a Carta Magna dá amparo à exigência do imposto sob a sistemática da

substituição tributária, conforme preceitua o §7º do seu art. 150, trazido pela Emenda Constitucional nº 03/93.

Os argumentos apresentados não merecem guarida, posto que a base de cálculo utilizada está consentânea com o Convênio ICMS nº 76/94, já que os autuantes utilizaram como critério de fixação da base de cálculo do imposto a ser exigido o disposto 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 – acostados aos autos - 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 da autuada, dividiram pelo percentual fixado pela Portaria multicitada, e encontrou 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 nos autos. Para aqueles produtos que não constavam da referida tabela aplicou-se o preço do próprio autuado, acrescido da margem de valor agregado estipulado, tudo consentâneo com a referida Cláusula Segunda.

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.

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo-se, assim, inalterado o mérito da Decisão Recorrida.

Entretanto, observamos que o Relator de Primeira Instância, apesar de ter consignado no seu Relatório e no seu voto o fato de os autuantes terem exigido inicialmente valores pertinentes ao exercício de 1995, já objeto de exigência através de lançamento anterior, não abateu do valor constante da Resolução e nem consignou no seu voto tal fato. Como os autuantes acataram o argumento defensivo neste sentido, e refizeram o demonstrativo de débito, como consta às fls.394 a 396 dos autos, e considerando que descabe a manutenção da exigência em relação a estas parcelas, sob pena de “bis in idem”, entendemos deva ser, de ofício, modificada a Decisão para decretar-se a PROCEDÊNCIA EM PARTE o Auto de Infração, excluindo-se tais valores, na forma consignada no novo Demonstrativo de Débito elaborado pelos autuantes à fl. 396, *devendo a Secretaria do CONSEF providenciar a inserção no sistema desta exclusão, retificando o valor a ser exigido, na forma da Resolução abaixo.*

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário, e de Ofício alterar a Decisão Recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206844.0104/00-9**, lavrado contra **LABORATÓRIO CATARINENSE S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.299,79**, 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, 16 de abril de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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