

PROCESSO - A.I. Nº 08635196/03
RECORRENTE - GLOBOFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JFJ nº 0285-01/03
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 05.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0640-11/03

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado na primeira repartição fazendária do percurso, neste Estado, cabendo ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor determinado pela legislação. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 22/04/03, para exigir o ICMS, no valor de R\$2.278,15, acrescido da multa de 60%, pela fiscalização de trânsito de mercadorias, em decorrência do recolhimento a menos do imposto, por antecipação tributária, referente às mercadorias (medicamentos) constantes nas Notas Fiscais nºs 37699 e 37700 e procedentes do Estado de Minas Gerais.

O autuado impugnou o lançamento (fls. 80 a 91) inicialmente ressaltando que, no Estado de Direito, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal aos contribuintes, os quais estão descritos no Código Tributário Nacional e no artigo 2º, do RPAF/99.

No mérito, afirma que o lançamento é improcedente, haja vista que a base de cálculo utilizada pela autuante não encontra amparo legal.

Ressalta que o Convênio ICMS nº 76/94 estabelece, por exclusão, três hipóteses para a determinação da base de cálculo do ICMS:

1. o preço constante da tabela sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor (cláusula segunda, 1ª parte);
2. o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (cláusula segunda, 2ª parte);
3. o preço praticado pelo remetente, nas operações com o comércio varejista, incluindo-se o IPI, o frete e outras despesas, acrescidas de percentual estabelecido de conformidade com a alíquota praticada pelo Estado destinatário (parágrafo primeiro, cláusula segunda), combinado com o percentual de desconto de dez por cento previsto na cláusula quarta.

Alega que o fisco baiano vem utilizando, como base de cálculo do imposto, o preço sugerido nas revistas do ramo, como a ABC Farma, Kairos etc, violando o citado Convênio ICMS nº 76/94, do qual a Bahia é signatária, bem como o RICMS/97, “olvidando, indubitavelmente, a legislação pertinente”, uma vez que, não havendo preço máximo fixado por órgão competente no caso dos medicamentos, não é aceitável “que se tome como base de cálculo para recolhimento do ICMS substituto, o preço sugerido por outros fabricantes”.

Prossegue dizendo que, em princípio, se poderia pensar em adotar o preço sugerido pelo industrial, já que alguns laboratórios têm seus preços publicados em revistas farmacêuticas, contudo, diz que “a publicação porventura feita em tais revistas não tem o condão de fixar a base de cálculo porque não são dotados da devida segurança, possuindo caráter meramente informativo”.

Transcreve parte das decisões exaradas pela Primeira Instância deste CONSEF, nos Acórdãos JJF nºs 0972/01, 1118/99 e 1241/99, e conclui que não há possibilidade de utilização das duas fórmulas, pois a Cláusula segunda do aludido Convênio é clara: somente na falta de preço constante em tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor (conforme a Portaria nº 37/92) é que se pode utilizar o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (preços anunciados em revistas especializadas); e somente na falta deste último, aplicar-se-á a terceira hipótese.

Aduz que, como não há preço fixado por autoridade competente e não há nenhuma comprovação de que tenha publicado ou divulgado seus preços nas revistas farmacêuticas, ou mesmo sugerido ao público, por qualquer meio, os preços de seus medicamentos, entende que deve ser utilizada, como base de cálculo, aquela determinada na Cláusula segunda, § 1º (percentual de agregação) e § 4º (redução de 10%), combinada com as Cláusulas terceira e quarta, todas do multicitado Convênio ICMS nº 76/94, as quais transcreve, *ad litteram*, sobre o preço de fábrica agregado das despesas que o oneram, exatamente como havia procedido.

Salienta que o percentual de agregação, no presente caso, é de 60,07%, a ser aplicado sobre o valor da Nota Fiscal, em consonância com o que prescreve o artigo 61, inciso II e § 2º, inciso I, do RICMS/97, de acordo com o Parecer da DITRI exarado no Processo nº 1727780012. Finalmente, pede a improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 14 a 82, foram acostados pelo autuado os seguintes documentos: Termo de Liberação das mercadorias apreendidas pela fiscalização; mandado de liberação expedido pelo MM. Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Feira de Santana – Bahia; petição inicial em mandado de segurança impetrado pelo contribuinte contra o Inspetor da IFMT - Feira de Santana e a respectiva Decisão judicial pela concessão de liminar; cópia do Convênio ICMS 76/94; Parecer GECOT nº 424/2002; e o Acórdão CS nº 2103-21/01, pelo Provimento do Recurso de Revista interposto pela empresa Laboratório Neoquímica Comércio e Indústria Ltda.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 100), ratifica a autuação, aduzindo que a empresa encontra-se com o Regime Especial cancelado, portanto, o pagamento do imposto – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA – teia que ocorrer na primeira repartição fazendária do percurso, confirmando, desta forma o Auto de Infração.

VOTO DO RELATOR DA 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“Este Auto de Infração cuida de ICMS que teria sido antecipado a menos pelo fabricante, sendo a diferença do imposto apurada com base em tabela de preços da Revista ABCFARMA.

A defesa questiona a legalidade do procedimento, alegando que, como os critérios fixados pela legislação para determinação da base de cálculo são auto-excludentes, e tendo em vista que não existe preço fixado por autoridade competente e não há qualquer comprovação de que o autuado tenha publicado ou divulgado seus preços em revistas, ou mesmo sugerido ao público por qualquer meio os preços de seus medicamentos, a base de cálculo deve ser apurada acrescentando-se o percentual de margem de valor adicionado ao montante formado pelo preço de fábrica agregado das despesas que o onerem, conforme procedeu a empresa.

O fiscal autuante, ao prestar a informação, parece ter levado em conta outro Auto de Infração. Em vez de abordar os aspectos relativos ao Auto de Infração em apreço, tendo em vista as considerações aduzidas pela defesa, o autuante refere-se a um “termo de ocorrência” que descreveria as circunstâncias materiais que envolvem o caso em apreço, termo esse que daria suporte ao presente Auto de Infração. Porém não foi acostado aos autos nenhum “termo de ocorrência”. Além disso, o que se apura neste caso é diferença de imposto que teria sido antecipado a menos pelo fabricante, apurada com base em tabela de preços da Revista ABCFARMA, fato diverso do abordado pelo autuante na informação fiscal, em que ele justifica a autuação pelo fato de o regime especial anteriormente concedido ao contribuinte ter sido cancelado. Se, de fato, houve pagamento do imposto a menos, a diferença é devida tenha ou não o contribuinte regime especial. Diz ainda o autuante que, como o regime especial se encontrava cancelado, o pagamento do imposto teria que ocorrer na primeira repartição fazendária do percurso. Ocorre que a ação fiscal se verificou precisamente na primeira repartição do percurso, que é o posto fiscal da fronteira entre Minas Gerais e a Bahia, pela BR-116.

Outro aspecto que precisa ser observado diz respeito à multa. Embora o fiscal tenha indicado corretamente o percentual de 60%, ao calcular o valor correspondente consignou no Auto de Infração apenas o equivalente a 12%.

O papel em que foram feitos os cálculos não estão sequer assinados pelo fiscal, o que constitui desrespeito à regra do art. 15, II, do RPAF/99.

Conforme já foi destacado, está sendo apurado ICMS que teria sido antecipado a menos relativamente a medicamentos destinados a contribuinte situados na Bahia, em virtude de não terem sido adotados no cálculo do imposto os preços máximos de venda ao consumidor sugeridos ao público pelo fabricante, publicados através da revista ABCFARMA.

A publicação de preços de medicamentos (pelos varejistas, fixe-se bem) constitui exigência de uma antiga Portaria do Ministério da Fazenda, a Portaria nº 37/92. Na época em que ela foi editada, havia uma preocupação do governo federal com os preços das mercadorias e serviços para efeitos de controle do desenfreado processo inflacionário então existente. Para se compreender o significado da aludida portaria, é imprescindível abordar, antes, a Portaria nº 463/91 do Ministério da Fazenda, cujo art. 3º estabelecia que para os estabelecimentos fabricantes de medicamentos os preços seriam controlados, monitorados ou liberados. Já no art. 4º ela previa que para os estabelecimentos atacadistas e varejistas os preços seriam tabelados, sujeitos à limitação da margem de comercialização ou liberados. A Portaria nº 37/92, em seu art. 2º, ao classificar no inciso III do art. 3º e no inciso II do art. 4º da Portaria nº 463/91 os produtos farmacêuticos da linha humana, tornou os preços dos aludidos produtos liberados nas operações efetuadas pelos estabelecimentos fabricantes, mas ficando sujeitos à limitação da margem de comercialização nas operações de atacado e varejo, sendo que, nas vendas ao consumidor, o preço máximo, único em todo o território nacional, deveria ser obtido dividindo-se por 0,7 o preço de fábrica.

Feitas essas observações, e considerando que se trata de atos normativos federais, cumpre então assinalar em que ponto essas portarias interessam no caso presente, haja vista que, por

questão de competência legislativa, para se determinar a base de cálculo do ICMS, os critérios a serem atendidos são os fixados pela legislação tributária estadual.

A substituição tributária nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos é regulada atualmente pelo Convênio ICMS nº 76/94.

Conforme foi observado acima, de acordo com o inciso II do art. 4º da Portaria nº 463/91, do Ministério da Fazenda, os preços de varejo passaram a ser sujeitos à limitação da margem de comercialização. Isso, porém, não é tabelamento.

Os preços de medicamentos por atacado são livres. Já no varejo, a margem de lucro (que a portaria chama de margem de comercialização) é de 42,85% sobre o preço de fábrica. Ao ser feita a venda pelo fabricante, adiciona-se ao preço de fábrica a margem de lucro, chegando-se assim ao preço de varejo. Existem dois critérios para se determinar a margem de lucro para a venda a varejo. Em ambos, o resultado é idêntico. O primeiro critério é o óbvio, já descrito: adiciona-se ao preço de fábrica a margem de lucro de 42,85%. O segundo critério consiste em dividir-se o preço de fábrica por 0,7. Dá no mesmo (a diferença porventura existente fica na casa dos centavos).

Se os preços não são tabelados pelo governo, cumpre analisar se são fixados ou sugeridos pelo fabricante, já que esse é o fulcro da presente autuação, haja vista que os preços adotados na determinação da base de cálculo foram obtidos na tabela da Revista ABCFARMA, pois a fiscalização considera que os preços publicados naquela revista são “sugeridos” pelos fabricantes.

Não está provado nos autos que os preços publicados na aludida revista sejam “sugeridos” pelo laboratório. Não há nos autos nenhum ato que, de forma inequívoca, prove essa “sugestão”. Podem realmente ser publicados por determinação do fabricante, como também podem resultar de pesquisas de mercado. Para que se considerassem aqueles preços como sendo sugeridos pelos laboratórios, seria necessário que ou a lei o declarasse ou que houvesse algum ato do laboratório declarando que aqueles são os preços por ele sugeridos para as vendas a consumidor.

Aliás, não sei se os laboratórios podem “sugerir” preços de suas mercadorias. A Lei federal nº 8.884/94 – conhecida como Lei Antitruste –, que dispõe sobre a prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, estabelece em seu art. 21, II, que caracteriza infração da ordem econômica influenciar (no caso do laboratório) ou obter (no caso das farmácias) a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. Não é razoável, portanto, que se imponha aos fabricantes e aos varejistas a prática de um ato que a lei penal brasileira define como delito.

A legislação tributária (como a penal) não comporta interpretação extensiva ou analógica. Ao definir a base de cálculo, em atenção ao princípio da tipicidade cerrada, a norma deve estabelecer de forma inequívoca qual o critério a ser seguido na sua determinação. Esse princípio tem vinculação aos princípios da estrita legalidade, da não-surpresa e da certeza do direito. Não pode o intérprete “deduzir” que, se uma revista publica preços de venda a consumidor, é porque, certamente, eles foram “sugeridos” como tais pelo respectivo fabricante.

Nem a portaria ministerial, nem o convênio, nem a lei, nem o regulamento mandam que os fabricantes elaborem ou publiquem listas de preços em revistas ou jornais ou em qualquer outro veículo da mídia. O que a Portaria nº 37/92 do Ministério da Fazenda prevê é que, nas unidades de comércio varejista, os produtos deverão estar etiquetados (art. 3º) e que as aludidas unidades de comércio varejista (farmácias e drogarias) mantenham à disposição

dos consumidores e para verificação por parte da fiscalização (federal) as listas de preços máximos ao consumidor (art. 4º). Observe-se que a portaria não diz quem deva elaborar as listas. Diz apenas que elas devem ser mantidas à disposição dos consumidores e da fiscalização. Por conseguinte, não está previsto que os fabricantes sejam obrigados a publicar seus preços onde quer que seja. O que é previsto é que os estabelecimentos varejistas mantenham listas dos preços máximos, não importa por quem as mesmas sejam elaboradas.

Base de cálculo é matéria de reserva legal, isto é, só pode ser estabelecida por lei. O convênio é um ato em que os Estados, visando a uniformizar em todo o País as normas da substituição tributária nas operações interestaduais, atendendo à regra do art. 9º da Lei Complementar nº 87/96, se comprometem a elaborar suas leis internas em consonância com os parâmetros traçados no acordo interestadual. O convênio é portanto um ato preparatório, com base no qual são elaboradas as leis estaduais. Quando o sujeito passivo deixa de atender às regras da substituição tributária, não infringe as normas do convênio, mas da lei estadual. Isso é absolutamente válido inclusive nas operações interestaduais. Convênio é um ato entre as partes – os Estados – não vinculando, portanto, os particulares. O sujeito passivo jamais infringe a norma de um convênio de ICMS, pois ele, sujeito passivo, não é “parte” do convênio, não subscreveu o convênio. Quem infringe o convênio é aquele Estado que, tendo-o subscrito, venha a se comportar de modo diverso daquilo que por ele foi pactuado com as demais unidades federativas.

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.

.....”

Note-se que a lei “copia” o que foi pactuado entre a Bahia e os demais Estados. Quero com isso dizer que toda a fundamentação deve recair sobre a própria lei – princípio da legalidade – e não sobre o convênio.

A defesa transcreveu trechos de decisões anteriores deste órgão de julgamento. Coincidentemente, trata-se de julgados em que fui o relator. Os trechos transcritos são de minha autoria. Por questão de coerência, continuo sustentando os pontos de vista manifestados nos acórdãos apontados.

A empresa que figura nestes autos como autuada adquiriu medicamentos de um laboratório farmacêutico sediado no Estado de Minas Gerais. Este Estado denunciou o Convênio ICMS 76/94. Desse modo, alguma diferença a ser apurada deve ser cobrada do destinatário das mercadorias.

Pelos documentos acostados aos autos, vejo que o imposto relativo à substituição tributária foi destacado nas Notas Fiscais e recolhido através de GNRE. Resta saber se foi recolhido corretamente, ou se o foi a menos.

O art. 23 da Lei nº 7.014/96 fixa três critérios para determinação da base de cálculo do ICMS devido por substituição, no caso de medicamentos:

- 1. o preço de tabela fixado pelo governo federal (art. 23, § 2º);*
- 2. não havendo o referido preço, a base de cálculo é o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador (art. 23, § 3º);*
- 3. se não houver também esse preço, adota-se o preço de fábrica, mais despesas e margem de valor adicionado, com redução de 10% (art. 23, “caput”).*

Os preços das mercadorias em questão não são “tabelados” pelo governo, pois este apenas “vincula” a margem de comercialização no varejo ao preço do fabricante. Não se aplica, portanto, o primeiro critério.

Quanto ao segundo critério, 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.). 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 os contribuintes substituídos praticam. Não há prova, nos autos, de que os preços adotados pela fiscalização no cálculo da diferença em exame sejam sugeridos pelo fabricante para as vendas no varejo – primeiro requisito fixado pela lei. Como também não foi comprovado que os preços em questão sejam os adotados pelas farmácias e drogarias – segundo requisito. Conclusão: não consta nos autos que sejam preenchidos esses dois requisitos.

Assim, por exclusão, a base de cálculo neste caso segue o terceiro critério, que é a regra geral, fixada no “caput” do artigo, devendo-se tomar por referência o preço praticado pela empresa. Esta conclusão é consentânea com o ponto de vista que tenho sustentado noutros casos envolvendo essa questão.

Ocorre que a defesa, embora alegue, não provou que o imposto foi antecipado com base nos preços de fábrica (reais), acrescidos das despesas e da margem de valor adicionado. A prova poderia ser feita mediante apresentação, por exemplo, de lista de preços do laboratório.

Examinando os preços dos produtos indicados na Nota Fiscal, constato que há uma grande distância entre eles e os preços publicados na revista. O preço unitário (preço de fábrica) do produto Cetomicoss creme bisnaga com 20 gramas declarado na Nota Fiscal é de R\$1,81, ao

passo que na revista o preço unitário é de R\$7,70. No caso do Optamax caixa com 20 unidades, o preço de fábrica na Nota Fiscal é de R\$0,59, contra o preço de R\$ 3,45 publicado na revista.

A defesa não provou, portanto, que o imposto foi antecipado com base nos preços de fábrica efetivamente praticados pelo laboratório.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão Recorrido pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, a empresa inconformada impetrou o presente Recurso Voluntário, arguindo:

1. A função fiscal para exigir o pagamento do tributo está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal;
2. Ausência de fundamento legal na definição da base de cálculo utilizada pelo autuante, afrontando nitidamente o princípio legalidade;
3. Afronta aos princípios da segurança jurídica e da verdade material em decorrência da utilização de preços constantes de revistas farmacêuticas nas quais inexistente sugestão do fabricante
4. Necessidade da aplicação do parágrafo primeiro, cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, que estabelece os percentuais sobre a base de cálculo para o imposto, formada pelo preço de fábrica agregado das despesas que o oneram.

Por todo o exposto e por tudo o mais que consta dos autos, o recorrente que, que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF conheça do presente Recurso Voluntário, julgando procedente o pedido para fins de decretar a Improcedência do Auto de Infração em tela, atestando a veracidade do *quantum* alegado e provado no Petitório e na Defesa, tudo por ser de direito e da mais lúdima justiça.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fls. 138 a 140, nos seguintes termos:

[...]

“Da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, consideramos ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

O fulcro da autuação reside na falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, referente às mercadorias (produtos farmacêuticos) procedentes do Estado de Minas Gerais, com base em tabela de preços da Revista ABCFARMA.

Estabelece a Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, que a base de cálculo da substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante de tabela estabelecida pelo órgão competente para venda a consumidor, em consonância como o instituto da substituição tributária que visa alcançar o preço máximo utilizado, na última fase de comercialização do produto.

Por outro lado, o órgão competente para definir os preços dos produtos farmacêuticos da linha humana é a Secretária Executiva do Ministério da Fazenda, que através da Portaria nº 37/92, de 11.05.92, estabeleceu os parâmetros para definição do preço máximo ao consumidor a ser adotado pelos fabricantes de medicamentos, no seu § 1º do seu art. 2º, “in verbis”:

“§ 1º - O preço máximo ao consumidor para os produtos a que se refere o CAPUT deste artigo 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”.

O recorrente sustenta que a Decisão de 1º grau acatou os argumentos defensivos e, no entanto, julgou pela procedência do lançamento, em virtude da falta de comprovação da utilização dos preços de fábrica acrescidos da MVA.

Ouso discordar dos fundamentos esposados na ilustre Decisão exarada pela 1ª JF, pelas razões a seguir delineadas. De acordo com o § 3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, 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.

Assim sendo, não vislumbro a possibilidade de adoção do terceiro critério previsto na Lei nº 7.014/96, uma vez que resta claro nos autos a existência de preços sugeridos pelo fabricante dos produtos e por via de consequência há de ser utilizado o segundo critério com vistas ao cálculo do imposto devido ao erário estadual.

Diante do exposto, opino pelo conhecimento e improvemento do Recurso interposto.

O Parecer da PGE/PROFIS foi ratificado em despacho à fl. 141 pelo Procurador Assistente da PROFIS, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho.

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, verifiquei que o cerne da questão consiste em definir se a base de cálculo constante da exordial, sob a acusação de que a empresa/autuada recolheu a menos aos cofres da Fazenda Estadual da Bahia o ICMS, por antecipação tributária, referentes às mercadorias provenientes do Estado de Minas Gerais e adentradas no território baiano acompanhadas das Notas Fiscais nºs 37699 e 37700, é verdadeira ou não.

Este relator, ao analisar os argumentos trazidos à lide, constatou que as razões expendidas no Recurso Voluntário não possuem o condão de modificar a Decisão recorrida, porque nele estão ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a sua revisão.

Assim, adoto o Parecer da Douta PGE/PROFIS, como parte integrante deste voto e, para dar melhor visibilidade aos fundamentos ali esposados, transcrevo trechos que por si só conseguem dirimir todas as dúvidas porventura existentes sobre o acerto da autoridade fiscal ao lavrar o lançamento de ofício guerreado.

[...]

“Ouso discordar dos fundamentos esposados na ilustre Decisão exarada pela 1ª JF, pelas razões a seguir delineadas. De acordo com o § 3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, 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.”

Diante do todo o exposto, concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo integralmente a Decisão recorrida.

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 **08635196/03**, lavrado contra **GLOBOFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.278,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM DA SILVA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS