

PROCESSO - A.I. Nº 279000.0427/03-0
RECORRENTE - M. S. FARMA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0370-02/03
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 05.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0647-11/03

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Por não existir tabela de preço por órgão competente, a base de cálculo do ICMS deverá corresponder ao preço máximo de venda a consumidor, sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme foi apurada. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, na forma prevista no art. 169, I, “b” do RPAF/99, em face da decisão proferida na 1ª Instância, mediante o Acórdão nº 0370-02/03, que julgou Procedente o Auto de Infração mencionado acima, lavrado no trânsito de mercadorias para exigência de imposto no valor de 3.804,76, acrescido de multa de 60%, em decorrência de recolhimento efetuado a menos pelo adquirente, devendo ser pago o imposto na forma prevista na Portaria nº 270/93, e se constatou que foi recolhido a menos o imposto, em GNREs, referente a mercadorias (medicamentos), provenientes de outras unidades da Federação. Diante do erro na determinação da base de cálculo, referente às Notas Fiscais de nºs 303785 e 303786, provenientes do Estado de São Paulo, conforme Termo de Apreensão, e documentos às fls. 5 a 28 dos autos. O autuante indicou o art. 125, Inciso II, alínea “c” do RICMS/97, combinado com a Portaria nº 270/93, e a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Na Decisão recorrida foi considerado que o contribuinte, tendo adquirido as mercadorias de Estado não signatário do Convênio nº 76/94, os produtos objeto da autuação por se tratarem de medicamentos, tiveram os preços sugeridos pelo fabricante para a comercialização a varejo, conforme prevê a Cláusula Segunda do aludido convênio, e consoante determina o art. 61, § 2º, inciso I do RICMS/97. Concluiu o relator que não eram pertinentes as alegações do autuado de que não havia comprovação de que o industrial tivesse publicado ou divulgado os preços nas revistas, e citou o Parecer nº 334 de 04/05/2001, que considera as publicações feitas por Associação de fabricantes legítimas, e que não procediam as alegações de que esses preços fossem apenas sugestões, e ao final, votou pela Procedência do Auto de Infração.

O relator da 2ª Junta de Julgamento Fiscal prolatou o seguinte voto:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$3.804,76, recolhido a menos, através de GNRE, pelo adquirente de medicamentos junto ao Estado de São Paulo, não signatário do Convênio ICMS nº 76/94, decorrente de erro na determinação da base de cálculo, por não aplicar os preços sugeridos ao consumidor pelo

fabricante, contos às fls. 5 a 28 do PAF, infringindo o artigo 125, inciso II, alínea “c” do RICMS, combinado com a Portaria nº 270/93.

Da análise das peças processuais, observa-se que o defensor limita-se apenas a impugnar a apuração da base de cálculo do ICMS, correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, sob a alegação de que tais valores não têm o condão de fixar a base de cálculo, uma vez que não são dotados da devida segurança, possuindo caráter meramente informativo. Aduz também que não há qualquer comprovação de que o industrial tenha publicado ou divulgado seus preços em tais revistas.

Às fls. 13 a 28 dos autos, verifica-se que os medicamentos, objeto da ação fiscal, tiveram seus preços sugeridos pelo fabricante para a comercialização a varejo no Estado da Bahia, cujos valores formaram a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, consoante previsto na cláusula segunda do Convênio nº 76/94, combinado com o disposto no §2º, inciso I, do artigo 61, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Tudo conforme demonstrativos às fls. 10 a 12 do PAF.

Ademais, Parecer PROFAZ nº 334, de 04/05/2001, entende que não poderá haver mais de uma publicação referindo-se ao mesmo industrial e, principalmente, ao mesmo produto e que todas as publicações feitas por Associações de Fabricantes são legítimas, não procedendo o argumento de que esses preços são apenas sugestões.

Assim, torna-se impertinente a alegação de defesa.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

O sujeito passivo inconformado com o julgamento de 1ª Instância, interpôs Recurso Voluntário às fls. 74 a 86 dos autos, através de seu representante legal devidamente constituído nos autos, onde faz as seguintes alegações:

- 1) que a Junta de Julgamento Fiscal deixou de fazer uma completa exegese quanto aos argumentos expendidos na impugnação, deixando de apreciá-los, sobretudo quanto a inexistência de sugestão do autuado sobre a referência de seus preços no comércio.
- 2) que a autoridade administrativa fiscal, no exercício de sua função fiscalizadora deve obedecer ao princípio da reserva legal, e que inexistente prova de que tenha feito sugestão quanto aos preços de seus produtos para serem publicados nas revistas especializadas.
- 3) Alega que a ação fiscal não tem procedência, e que fere o princípio da legalidade, em razão do disposto no Convênio nº 76/94, que trata das três hipóteses de determinação da base de cálculo. E alega que no caso de produto farmacêutico, não existe o órgão competente, e assevera que os preços não são tabelados pelo governo.
- 4) Questiona se faz sentido um laboratório indicar preço de produto para uma revista farmacêutica e sugerir preços para outras revistas especializadas? E indaga ainda, como conferir segurança jurídica nos preços publicados nas revistas que foram utilizadas pelo autuante.
- 5) Cita os Acórdãos nº 0285-01/03 e 0972/01 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em que se concluiu que não restou provado que os preços publicados em revista foram sugeridos por laboratório, e cita o Acórdão nº 118/99 da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, no mesmo sentido.
- 6) E diz ainda que a prova de que o autuado não sugeriu seus preços para publicação nas revistas da ABCFARMA, é do autuante.

Ao final requereu a Improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, às fls. 90 a 92 dos autos, após discorrer a infração objeto da lide, e ainda sobre a Cláusula segunda do Convênio nº 76/94, assevera que através da Portaria Ministerial nº 37/92 foram traçados os parâmetros de definição de preço máximo ao consumidor a ser adotado pelos fabricantes nos §§ 1º e 2º da citada portaria.

Aduz que o recorrente sustenta a ausência de fundamento legal, e diz que sendo o convênio um ato em que os Estados, com objetivo de uniformizar em todo o País as normas de substituição tributária nas operações interestaduais, em observância ao art. 9º da Lei complementar nº 87/96, se comprometem a elaborar suas leis internas em consonância com o estabelecido nos acordos interestaduais, E que assim, seria o convênio um ato preparatório, para a elaboração de leis estaduais. Cita o § 3º do art. 23 da Lei nº 7014/96 que determina, em caso de falta do preço estabelecido pelo órgão competente, que a base de cálculo da substituição tributária será o preço final sugerido pelo fabricante ou importador, se houver, e desde que comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído (farmácias e drogarias).

Concluiu que não há dúvida que os preços adotados pela fiscalização no cálculo da diferença são sugeridos pelo fabricante, uma vez que se encontram em listas da própria empresa e que relativo a questão da prova de que os preços sejam aqueles adotados pelas farmácias, seria uma decorrência lógica do primeiro. Ao final opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifico que a presente lide resulta da exigência de imposto por falta de recolhimento antecipado em face de mercadoria (medicamentos), proveniente de Estado não signatário do Convênio nº 76/94, acobertadas pelas Notas Fiscais de nºs 303785 e 303786, e que transitou com o imposto recolhido a menos através de GNRE.

O adquirente deveria proceder ao recolhimento conforme determina o art. 125, inciso II, alínea “c” do RICMS/97, por se tratar de mercadoria constante na Portaria nº 270/93, do Secretário da Fazenda, consoante dispõe o art. 371, inciso II, alínea “b” do mesmo Regulamento que prevê na hipótese de aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação desse Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas operações e as subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, no momento da entrada no território deste Estado. E no caso em tela, sendo as mercadorias provenientes do Estado de São Paulo que não é signatário do Convênio que prevê a retenção do imposto pelo laboratório farmacêutico, não obstante, a mercadoria estar acompanhada da guia de recolhimento, o mesmo estava em desacordo com o que determina o art. 61, § 2º, inciso I do RICMS vigente.

As mercadorias em questão, elencadas na Portaria já referida, tem o imposto pago pelo destinatário na primeira repartição fazendária da fronteira do percurso. Ocorre que no caso *sub examine*, o recorrente efetuou recolhimento do imposto relativo às mercadorias elencadas no rol da substituição tributária, e estavam acompanhadas de guia nacional com imposto recolhido, porém, com valor inferior ao devido, que deve ser apurado conforme dispõe o art. 61 inciso I do RICMS/97.

Deste modo, procede a ação fiscal, pois é flagrante o erro na determinação da base de cálculo, com base no preço máximo de venda a consumidor publicado em revista especializada, tendo a

base de cálculo determinada corretamente, na forma prevista na Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94.

Ademais, a legislação tributária estadual no art. 23 § 3º da Lei nº 7014/96, dispõe que para a determinação da base de cálculo do ICMS devido por substituição, no caso de medicamentos inclusive a título de antecipação, na falta do preço estabelecido pelo órgão competente, a mesma será com base no preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador, se houver, desde que comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelos contribuintes substituídos no caso de farmácias e drogarias.

O contribuinte ora recorrente por sua vez não faz prova de que os preços em que se baseou a autuação, respaldado nos documentos, não sejam sugeridos pelo fabricante. E sendo os medicamentos para fins de comercialização a varejo, consoante o disposto no art. 61 § 2º, inciso I, do RICMS/97, conforme demonstrativos elaborados pela fiscalização às fls. 10 e 12 dos autos, embasam a exigência fiscal.

Assim, em consonância com o Parecer da PGE/PROFIS exarado à fls. 90 a 92 dos autos, o recorrente não logra elidir a acusação fiscal, e os argumentos são os mesmos aduzidos na impugnação, e já enfrentados no julgamento de 1ª Instância, portanto, incapazes de promover reforma na Decisão recorrida.

Por todo o exposto, mantenho o julgamento de 1ª Instância, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter 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 **279000.0427/03-0**, lavrado contra **M. S. FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.804,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS