

PROCESSO - A.I. Nº 279000.0405/03-6
RECORRENTE - M. S. FARMA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0016/01-04
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 10.08.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0246-11/04

EMENTA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A discussão resume-se unicamente à determinação da base de cálculo aplicável. O autuante anexou aos autos a tabela de preço sugerido pelo fabricante. Infração confirmada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 1ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração em tela para exigir ICMS acrescido da multa de 60%, em razão da retenção a menos do imposto, por antecipação tributária, sobre mercadorias enquadradas na Portaria 270/93 (medicamentos) por empresa situada neste Estado.

Sustenta a Decisão da 1ª JF, ora recorrida que:

- não havendo Convênio ou Protocolo entre os Estados Federados que indique como responsável tributário o remetente das mercadorias e estando elas enquadradas no regime da substituição tributária, cabe ao seu adquirente, no território do Estado da Bahia, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto (art. 371 do RICMS/97) pela operação comercial realizada;
- o imposto deve ser recolhido antecipadamente quando a mercadoria entrar no território baiano, conforme determina art. 125, II, “c” do citado Regulamento. É por isto que o art. 1º da Portaria nº 270/93, de forma clara, expressa que o contribuinte “fica obrigado a antecipar o recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, no território deste Estado”;
- para o deslinde da matéria em discussão, é necessário observar as determinações do art. 61, do RICMS/97;
- é importante verificar se as mercadorias possuem 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;
- a tabela publicada pela revista especializada é paradigma para estabelecer os reais preços dos medicamentos, uma vez que é elaborada tomando-se por base as próprias informações dos laboratórios (preços sugeridos pelo industrial, conforme admite o recorrente), atendendo desta forma as normas regulamentares;
- não prevalece à alegação de defesa, e a base de cálculo imputada não poderia ser outra que não a apurada pela fiscalização, já que não existiu qualquer afronta ao Convênio ICMS nº 76/94, nem, tampouco, a legislação tributária estadual;

- os preços indicados no documento fiscal, em relação aos publicados pelas revistas especializadas, demonstram estarem muito aquém de mercado, o que prova que não atenderam ao que estabelece o Convênio ICMS nº 76/94, na sua Cláusula Segunda;
- os preços dos medicamentos indicados pelo autuante, igualmente, estão um pouco abaixo daqueles sugeridos pelos fabricantes, porém no caso em questão não se pode modificar o valor do débito apurado.
- em relação aos Acórdãos deste Colegiado trazidos pela defesa para lhe dar sustentação informa: o de nº 0972/01 desta 1ª JF foi julgado Procedente e aqueles da 4ª JF (nº 1118/99 e 1241/99) foram reformados pela 2ª Instância e pela Câmara Superior deste Conselho de Fazenda. Em relação ao Parecer emitido pela DITRI, e na defesa parte do mesmo transcrito, não existem maiores informações no processo sobre o assunto que determinou aquele posicionamento que modificava o Regime Especial concedido a uma empresa, não se sabe de que atividade.

Conclui pela Procedência do Auto de Infração, ressaltando que o valor do imposto recolhido através da GNER foi abatido pelo autuante quando calculou o imposto devido.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega as seguintes razões:

- a base de cálculo utilizada pelo autuante não encontra amparo legal, afrontando nitidamente o princípio da legalidade;
- o Convênio nº 76/94, que regula o instituto da substituição tributária sobre medicamentos, estabelece, por exclusão, três hipóteses de incidência do ICMS, que transcreve, para afirmar que a fiscalização baiana viola aquele, sendo a Bahia sua signatária, e o RICMS/BA, utilizando como base de cálculo do imposto o preço sugerido nas revistas como a ABC FARMA, Kairos e outras.
- a base de cálculo a ser utilizada como o preço máximo fixado por órgão oficial competente, a exemplo dos combustíveis, que tinham seu preço máximo fixado pelo DNCC, não se aplica aos produtos farmacêuticos, vez que inexistente tal órgão.
- como não existe órgão competente para fixar preço máximo, poderia se utilizar o preço sugerido pela indústria, entretanto como aqueles publicados em revistas possuem caráter informativo, não são dotados de segurança.
- indaga: Como explicar a diferença de preços constantes em tais revistas farmacêuticas especializadas? Há sentido em um laboratório farmacêutico ‘indicar preços de produtos’ para uma revista farmacêutica e ‘sugerir preços diversos’ para outras revistas especializadas? Por que utilizar a revista ABCFARMA, se há também dados de preços nas revistas KAIROS, GUIA DA FARMÁCIA e outras? Como conferir segurança jurídica aos preços publicados na revista farmacêutica utilizada pelo autuante?
- não resta provado nos autos que os preços publicados na referida revista sejam ‘sugerido’ pelos fabricantes. Transcreve parte do voto do acórdão 1ª JF nº 0285-01/03 para corroborar este entendimento;
- os preços constantes das tabelas de revista farmacêutica utilizados pelo preposto fiscal não foram sugeridos pelo recorrente, conforme se demonstra na nota de aviso, constante das páginas iniciais;
- se o recorrente quisesse sugerir ao público os seus preços de comércio, definitivamente se responsabilizaria pelos preços publicados na revista. Transcreve parte do voto do acórdão da 1ª JF nº 0972/01;
- em decorrência do princípio da legalidade, da segurança jurídica e da verdade material dos

fatos o lançamento tributário é improcedente, tendo em vista a desobediência ao art. 2º, do RPAF;

- cita o Parecer da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, Processo nº 17277820012.

Ao final, requer a Improcedência da autuação.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu que os argumentos recursais já foram devidamente refutados pela Decisão de 1ª Instância. Assim, não têm o poder de modificar a Decisão guerreada.

Em razão disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos verifico que o cerne da lide versa sobre a exigência de ICMS e multa por erro na determinação da base de cálculo do imposto nas aquisições de medicamentos por contribuinte deste Estado.

De acordo com o Convênio nº 76/94, do qual o Estado da Bahia é signatário, na comercialização de produtos farmacêuticos sujeitos ao regime de substituição tributária, a base de cálculo do ICMS será determinada pelo preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Assim, deve o substituto, na apuração da base de cálculo do ICMS, necessariamente, verificar o referido preço constante nas revistas do ramo (ABCFARMA, Kairos, etc.), sob pena de lhe ser imputado penalidade pelo recolhimento a menos do imposto.

Ora, no presente caso, resta claro que o recorrente não apurou a base de cálculo nos termos do Convênio supra, na medida em que sustenta outra forma de determinação da base de cálculo com medicamentos sujeitos ao regime de substituição tributária.

Ressalto, ainda, que o autuante anexou aos autos (fls. 13 a 29) documentos que indicavam os preços de venda ao consumidor, fixados ou sugeridos pelo próprio laboratório remetente das mercadorias, Medquímica Indústria Farmacêutica Ltda.

Por fim, em relação às decisões paradigmas trazidas pelo recorrente, partilho do entendimento da douta representante da PGE/PROFIS no sentido de que são imprestáveis para dar fundamento à modificação da Decisão recorrida, já que em todos os referidos julgados as empresas autuadas praticavam os preços da tabela referida e por vezes recolhiam ICMS inclusive a mais do que o determinado pelo Convênio.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter, na íntegra, 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 279000.0405/03-6 lavrado contra **M. S. FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.521,79** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II "e", da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

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