

PROCESSO - A. I. Nº 088444.0610/03-8
RECORRENTE - M. S. FARMA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0198-02/04
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 21/10/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0250-12/04

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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/06/03, para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$15.567,02, acrescido da multa de 60%, pago a menos, através de GNRE, por erro na determinação da base de cálculo, a qual deveria tomar como base os preços de medicamentos ao consumidor final, conforme notas fiscais de n.ºs 180003, 180004 e 179988., Termo de Apreensão e demais documentos, constantes às fls. 4 a 45 dos autos. Foi dado como infringido o artigo 125, inciso II, alínea “c” do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, combinado com a Portaria 270/93, sendo a multa aplicada nos termos do art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei n.º 7.014/96.

Em 1ª Instância a 2ª JF decidiu a lide, julgando Procedente o Auto de Infração, com fundamento no voto a seguir transcrito:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$15.567,02, 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, conforme documentos às fls. 16 a 45 do PAF, infringindo o artigo 125, inciso II, alínea “c” do RICMS, combinado com a Portaria nº 270/93.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, argüida no sentido de que o autuado não foi regularmente cientificado da cassação do citado regime especial, conforme preceitua o art. 908, §4º, do RICMS/BA, pois no Sistema de Informação da SEFAZ consta a cassação do referido regime, datado de 14/03/2003, cuja previsão legal é de que “o contribuinte será cientificado via INTERNET ou pela Inspeção Fazendária do seu domicílio fiscal”, o que ocorreu consoante consulta àquela repartição do preposto fiscal que prestou a informação fiscal.

No mérito, da análise das peças processuais, observo 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 tem o condão de fixar a base de cálculo, uma vez que não são dotados da devida segurança, possuindo caráter meramente informativo.

Às fls. 16 a 45 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 76/94, combinado com o disposto no §2º, inciso I, do art. 61, do RICMS, aprovado pelo Dec. n.º 6.284/97. Tudo conforme demonstrativos à fl. 6 do PAF.

Ademais, Parecer PROFAZ n.º 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”.

O recorrente, inconformado, interpôs Recurso Voluntário de fls. 111 a 121, sem arguição de qualquer preliminar, alegando quanto ao mérito, em síntese:

1. inexistência de sugestão de preços pelo autuado, ora recorrente.
2. que a base de cálculo utilizada pelo autuante não encontra amparo legal afrontando nitidamente o princípio da legalidade em razão do que dispõe o Convênio nº 76/79 que prevê e regula o instituto da substituição tributária nas operações de vendas de produtos farmacêuticos.
3. que a fiscalização baiana vem utilizando como base de cálculo do imposto o preço sugerido nas revistas do ramo, como ABC Farma, Kairos, etc. violando desta forma o Convênio nº 76/79 do qual o Estado da Bahia é signatário, bem como, o RICMS/BA- Decreto nº 6284/97, olvidando, indubitavelmente, a legislação pertinente.
4. que a base de cálculo a ser utilizada deveria ser o preço máximo fixado por órgão oficial competente, como no caso dos combustíveis que tinham seu preço máximo fixado pelo DNCC e que no caso de produtos farmacêuticos inexistia tal órgão, não sendo portanto, exigível, que se tome como base de cálculo para recolhimento do ICMS substituto, o preço sugerido por outros fabricantes.
5. que se os preços não são tabelados pelo Governo cumpre analisar se são fixados ou sugeridos pelo fabricante, haja vista ser este o cerne da Ação Fiscal em apreço, uma vez que os preços adotados na determinação da base de cálculo foram obtidos na Tabela ABC/FARMA.
6. que a publicação feita em revistas farmacêuticas não tem o condão de fixar a base de cálculo porque os preços publicados nelas não são sugeridos pelo autuado, bem como não são dotados da devida segurança, possuindo caráter meramente informativo.

O recorrente questiona, ainda, como explicar a diferença de preços constante em tais revistas farmacêuticas especializadas, citando em seu Recurso Voluntário alguns acórdãos da 1ª Instância de julgamento.

O processo foi encaminhado à PGE/PROFIS tendo a ilustre procuradora do Estado Dra. Maria José Sento Sé emitido Parecer no sentido de:

“o fulcro da autuação reside na exigência do ICMS por antecipação, recolhido a menor, 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 final pelo fabricante.

Aduz a ilustre representante da PGE/PROFIS que o órgão competente para definir os preços dos produtos farmacêuticos da linha humana é a Secretaria 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.

O recorrente sustenta a ausência de fundamento legal na definição de base de cálculo o que não procede pois o Convênio alegado pelo recorrente, é apenas um ato preparatório com base no qual são elaboradas as leis estaduais, afirmando que a base de cálculo é matéria de reserva legal, isto é, só pode ser estabelecida por lei.

Esclarece, ainda, que de acordo com o § 3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, na falta de 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...)

Conclui seu Parecer esclarecendo que os documentos de fls. 16 a 45 dos autos certificam que os medicamentos 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 § 2º, inciso I, do art. 61 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, opinando pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário.”

VOTO

A matéria tratada no presente Recurso Voluntário tem sido, reiteradas vezes, já examinada e decidida por este conselho de Fazenda, já existindo, inclusive jurisprudência firmada a este respeito.

Por esta razão, adoto e transcrevo o voto da Conselheira Sandra Urânia, em processo idêntico a este, para consubstanciar minha Decisão:

“Inicialmente devemos de logo consignar a correção da Decisão recorrida ao julgar Procedente a presente exigência fiscal, visto que efetivamente a base de cálculo a ser aplicada nas operações em tela é aquela prevista no Convênio ICMS nº 76/94, em sua Cláusula Segunda, no primeiro critério de sua apuração, ou seja, o preço máximo de venda a consumidor fixado pela autoridade competente.

Por sua vez, o órgão competente para definir os preços dos produtos farmacêuticos da linha humana é a Secretaria 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”.

Efetivamente a multicitada Portaria ainda determina que as unidades de comércio varejista deverão manter à disposição dos consumidores as listas de preços máximos ao consumidor, listas estas que serão elaboradas a partir das informações dos laboratórios dos seus preços estes que serão divididos pelo percentual de 0,7 (zero vírgula sete) acima mencionado, chegando-se ao preço máximo de venda.

Ora, o não envio dos preços dos fabricantes à estas publicações especializadas, tais como ABCFARMA, ABIFARMA, Guia de Farmácia, e outras, por parte dos laboratórios, inviabilizaria a publicação nas mesmas dos preços máximos de venda. Entretanto, a sua fixação e aplicação como base de cálculo da substituição tributária independem desta publicação, visto que a Portaria nº 37/92 já define como se chegará a este preço.

Inclusive, diante da ocorrência destes fatos, o Convênio ICMS nº 76/94 já prevê a obrigatoriedade do estabelecimento industrial – laboratórios – remeter as listas atualizadas dos seus preços às Secretarias de Fazenda para que os Fiscos Estaduais conheçam tais preços e possam efetuar a verificação do cumprimento das regras da multicitada Portaria, em consequência do Convênio ICMS nº 76/94.

Assim, com o visto, a alegação do recorrente de que não estando os seus preços dispostos na lista da ABCFARMA não poderia lhe ser exigida a aplicação do preço máximo de venda, não merece a mínima guarida.

Por outro lado, a alegação de que os produtos vendidos para hospitais e similares tem apresentação diferenciada em que pese ser verdadeira, não têm o condão de desconstituir a exigência fiscal, pois, como já visto, o preço praticado para a substituição tributária tem que atender às regras da Portaria nº 37/92, que, por sua vez, não excetua os produtos vendidos para tais destinatários, aplicando-se indistintamente aos produtos farmacêuticos da linha humana. Além do que, a propalada apresentação diferenciada nada mais é do que a venda do produto em embalagem econômica, sendo o fármaco o mesmo vendido nas farmácias e constante nas publicações – listas citadas. Estando, assim, correta a base de cálculo apurada no presente lançamento de ofício.

Quanto ao preço diferenciado, em atendimento às licitações como alega o recorrente, temos a esclarecer que nada impede que os laboratórios fabricantes vendam seus produtos diretamente aos hospitais, clínicas, congêneres e órgãos públicos, situação esta, aliás, que importará em não aplicação da substituição tributária, pois venda direta a consumidor final, e onde poderão ser utilizados os preços definidos pelo próprio laboratório.”

Por conseqüente, acolho os fundamentos esposados no Parecer PGE/PROFIS mencionado no relatório retro e voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo-se inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **088444.0610/03-8**, lavrado contra **M. S. FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.567,02**, acrescido de multa de 60%, prevista no at. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS