

PROCESSO - A. I. Nº 206844.0111/03-0  
RECORRENTE - LABORATÓRIO CATARINENSE S/A  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0102-04/04  
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO  
INTERNET - 19.11.04

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0376-11/04**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Reiteradas Decisões deste CONSEF, têm sido no sentido de que na apuração do imposto a ser retido pelo contribuinte substituto, deve ser utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo fabricante, conforme previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94. Infração comprovada. Não acolhidas às arguições de nulidade do lançamento. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão n.º 0102-04/04, da 4<sup>a</sup> JJF, que, por Decisão unânime de seus membros, julgou Procedente o presente Auto de Infração, em razão da retenção a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado. Em complemento a acusação, os autuantes consignaram que o autuado não utilizou os Preços Máximos aos Consumidores (PMC), conforme determina a Portaria nº 37/92, tudo conforme demonstrativo analítico, nota a nota, produto a produto e parte integrante deste PAF.

O relator da Decisão recorrida proferiu o seguinte voto:

*“O fundamento da autuação foi em razão do autuado haver retido a menos o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas vendas de medicamentos para contribuintes localizados neste Estado, ao utilizar erroneamente a base de cálculo do imposto.*

*Como prova da infração, foram anexados aos autos pelos autuantes às fls. 10 a 36, os Demonstrativos de Cálculo do imposto retido a menos, os quais não foram objetos de questionamento quanto aos seus valores por parte da defesa.*

*Adentrando no mérito da autuação e após pesquisar o SICRED da SEFAZ, constatei que o autuado, por idêntica infração em período anterior, foi autuado através do Auto de Infração nº 206.844.0104/00-9, o qual foi objeto de julgamento procedente por parte desta 4<sup>a</sup> JJF através do Acórdão nº 2073-04/01.*

*Por não se conformar com a Decisão acima, o autuado apresentou Recurso Voluntário, tendo o mesmo sido apreciado pela 1<sup>a</sup> CJF deste CONSEF que, através do Acórdão nº 0125-11/02, manteve parcialmente a autuação, com a exclusão de parcelas do imposto que foram cobradas em ação fiscal anteriormente realizada na empresa.*

*Ressalto que a Decisão da 1ª CJF, foi objeto de Recurso de Revista impetrado pelo autuado junto a Câmara Superior deste CONSEF, a qual, por meio do Acórdão nº 008421/02 não o conheceu e homologou a Decisão recorrida, que julgou procedente em parte o Auto de Infração.*

*Com base na explanação acima e tendo em vista as reiteradas decisões deste CONSEF, no sentido de que na determinação da base de cálculo do imposto a ser retido por substituição tributária, deve ser observada a regra contida na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, considero correta a exigência fiscal.”*

Trouxe o recorrente as seguintes razões de Recurso Voluntário:

1. que à época da ocorrência do fato gerador, objeto da exigência fiscal, o contribuinte autuado não sugeriu ao público, em nenhuma revista do ramo farmacêutico, preço máximo de venda a consumidor, tanto que os autuantes não acostam a prova de sua imputação, o que implicaria na nulidade do lançamento;
2. como não há preço fixado por autoridade competente e não há qualquer comprovação de que o autuado tenha publicado ou divulgado seus preços em tais revistas, deve ser aplicada à regra do parágrafo primeiro, cláusula segunda, do Convênio ICMS nº 76/94, com a redação alterada pelo Convênio ICMS nº 79/96, em que se estabelecem os percentuais sobre a base de cálculo do referido imposto, formado pelo preço de fábrica, agregado das despesas que o oneram, como afirma que teria procedido, não devendo prosperar a exigência fiscal em apreço, por contrariar o citado Convênio e a farta jurisprudência deste CONSEF, que citou;
3. acrescentou ser impossível a utilização do preço do fabricante como sendo aquele constante nas revistas farmacêuticas, por falta de uniformidade de preço para alguns medicamentos, e, por consequência, nenhuma segurança jurídica, já que revistas do mesmo período publicam variados preços do fabricante, e sendo assim, só restaria ao autuado utilizar a terceira hipótese de base de cálculo, como descrita no item anterior.

Concluiu requerendo a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS solicitou que o PAF fosse encaminhado em diligência ao autuante, para que este juntasse as cópias das listas das revistas farmacêuticas em que se baseou para a formação da base de cálculo do imposto devido.

Esta 1ª CJF deliberou que o PAF fosse diligenciado a Infaz de origem, para que o autuante certificasse a origem dos preços unitários utilizados na formação da base de cálculo do imposto aqui exigido.

Atendendo o que fora solicitado, um dos autuantes trouxe a seguinte informação:

*“Foram anexadas cópias da Revistas ABCFARMA dos meses de novembro/98, março/99 e março/2000, correspondentes ao período autuado, estando grifado os produtos do LABORATÓRIO CATARINENSE S/A.*

*Embora tenha sido utilizada a tabela de Preço Máximo de Venda a Consumidor constante do sistema SAS (programa utilizado pelo grupo de Substituição Tributária da IFEP) para determinação da Base de Cálculo de Produtos da Substituição Tributária, verifica-se que os valores autuados são inferiores à Tabela publicada na Revista ABCFARMA, conforme se observa nas cópias em anexo.”*

As cópias mencionadas foram apensadas às fls. 143 a 200 dos autos.

O recorrente, cientificado da informação prestada por um dos autuantes, se manifestou dizendo que este se utilizou, em sua diligência, de uma revista por exercício, não se atendo que poderia haver alterações mensais nas informações ali constantes. Assim, ao utilizar como base de cálculo o preço máximo de venda ao consumidor, a partir de dados informados pelas unidades produtoras, dados estes constantes em Revistas Farmacêuticas, é indispensável que apresente tais dados, com cópias das variações mensais dos períodos da autuação publicados em tal revista ou declaração de que os valores por ele imputados restaram efetivamente constantes em tais revistas, sob pena de nulidade do lançamento.

Após citar o Acórdão CJF nº 2813/00, ratificou os termos apresentados na sua peça defensiva.

A representante da PGE/PROFIS disse verificar que a preliminar de nulidade não pode ser acatada, pois a diligência trouxe aos autos as listas nas quais se baseou o autuante para encontrar a base de cálculo e apurar a diferença do imposto a recolher, e que, ao analisá-las, constatou que foram utilizados valores para setembro a dezembro de 1998 inferiores aos publicados na revista de novembro de 1998, e assim pó diante, não causando prejuízo ao contribuinte que ensejaria a nulidade do procedimento.

Afirmou restar demonstrada a base de cálculo do imposto por substituição tributária, devendo a autoridade competente decidir pela instauração de novo procedimento para exigência da diferença apontada.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

O presente Auto de Infração versa sobre a retenção a menos de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado, porque o autuado não utilizou os Preços Máximos aos Consumidores (PMC), conforme determina a Portaria nº 37/92.

O recorrente apenas trouxe argumentos preliminares que poderiam levar à nulidade do procedimento, que se prendem na negativa de que teria sugerido ao público, em revista do ramo farmacêutico, preço máximo de venda a consumidor, e que deveria ser aplicada à regra do parágrafo primeiro, cláusula segunda, do Convênio ICMS nº 76/94, com a redação alterada pelo Convênio ICMS nº 79/96, em que se estabelecem os percentuais sobre a base de cálculo do referido imposto, formado pelo preço de fábrica, agregado das despesas que o oneram, como afirma que teria procedido, além da impossibilidade da utilização destas revistas como parâmetro para determinação da base de cálculo, por falta de uniformidade de preço.

Um dos autuantes, atendendo solicitação desta 1<sup>a</sup> CJF, anexou cópias de três publicações da Revista ABCFARMA, formando prova incontestável de que o recorrente sugeriu ao público, sim, em revista do ramo farmacêutico, preço máximo de venda a consumidor.

Tanto é assim, que na sua manifestação acerca da diligência, afirmou, textualmente: “[...] *ao utilizar como base de cálculo o preço máximo de venda ao consumidor, a partir de dados informados pelas unidades produtoras, dados estes constantes em Revistas Farmacêuticas [...]*”, o que vem a confirmar a veracidade da informação do autuante de que o contribuinte sugere ao público preço de venda a consumidor, em revista especializada.

Quanto às possíveis variações mensais de preço, a falta das cópias das demais edições da Revista ABCFARMA não leva à nulidade do procedimento, posto que, sendo o próprio recorrente, como por ele admitido, quem fornece os preços àquela, pode, em qualquer tempo, contestar os valores porventura utilizados como parâmetro para determinação da base de cálculo.

Ademais, o § 2º, do artigo 18, do RPAF vigente, preconiza que não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

Considero, então, afastadas as nulidades suscitadas.

Quanto ao mérito, nada foi trazido nas razões de Recurso Voluntário.

Como foi mencionado pelo relator da Decisão recorrida, este mesmo contribuinte já foi alvo de ação fiscal em que foi cobrado ICMS pelos mesmos motivos. Naquela oportunidade, foi julgado o respectivo Auto de Infração, que gerou o Acórdão CJF nº 0125-11/02, submetido a Recurso de Revista impetrado pelo autuado junto a Câmara Superior deste CONSEF, que, por meio do Acórdão nº 008421/02, não o conheceu e homologou a Decisão recorrida.

Por corroborar, integralmente, com o posicionamento da relatora do Acórdão CJF nº 0125-11/02, Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, quanto ao mérito da autuação, transcrevo-o:

*"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 do autuado, 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.”*

Pelo que expus, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> 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 206844.0111/03-0, lavrado contra LABORATÓRIO CATARINENSE S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$26.908,49, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

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