

A. I. N° - 269278.0514/03-4
AUTUADO - DISTRIBUIDORA BRANEVES LTDA.
AUTUANTE - SILVIO CHIAROT DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 17.03.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0066-03/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. 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. Não acatada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 21/05/03, para exigir o ICMS, no valor de R\$2.952,71, 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 n^{os} 1666 e 1667 e procedentes do Estado de Minas Gerais.

O autuado impugnou o lançamento (fls. 33 a 44) 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.

Suscita a nulidade do lançamento, por cerceamento de seu direito de defesa, porque o autuante não informou “os dispositivos que determinam a fixação da base de cálculo”.

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 artigo 23, da Lei n° 7.014/96 estabelece, por exclusão, três hipóteses para a determinação da base de cálculo do ICMS:

1. como regra geral, o valor da operação realizada pelo substituto tributário, somado ao montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos transferíveis ao adquirente e acrescido da margem de valor agregada, inclusive lucro, relativa às operações subsequentes;
2. por via de exceção, o preço estabelecido pelo órgão competente e,

3. na falta deste último, o preço fixado ou sugerido pelo fabricante, desde que corresponda, comprovadamente, ao mesmo preço praticado na operação de saída pelo contribuinte substituído.

Alega que o Fisco baiano vem utilizando, como base de cálculo do imposto, o preço sugerido nas revistas do ramo, como a ABC Farma, ABAFARMA, Kairos etc, violando a legislação pertinente, uma vez que se trata de publicações notoriamente desqualificadas para exercerem uma função de órgão oficial competente para estabelecimento de preços.

Aduz que não existe um órgão competente, no caso de medicamentos, para fixação de preços máximos, não sendo exigível, portanto, 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 JF nºs 0972/01, 1118/99 e 1241/99, e conclui que não há possibilidade de utilização das duas fórmulas, pois o citado artigo 23, da Lei nº 7.014/96 é claro: 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; e, somente na falta deste último, aplicar-se-á a terceira hipótese.

Argumenta 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 no § 1º da Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, isto é, o preço de fábrica agregado das despesas que o oneram, exatamente como havia procedido.

A auditora designada, em sua informação fiscal (fls. 55 a 57), rebate as alegações defensivas afirmando que a base de cálculo foi apurada pelo autuante, em conformidade com o artigo 61, inciso I, do RICMS/97, com base no preço de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pela autoridade competente e que, somente na falta de tal valor, é que deve ser utilizada a regra do inciso II do referido artigo 61, a partir do valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor.

Argumenta que o texto legal estabelece uma nítida hierarquia entre as hipóteses contidas nos dispositivos aludidos acima, explicitando que, somente será adotado o valor da operação de venda se, e somente se, não houver preço estabelecido pela autoridade competente ou sugerido pelo industrial.

Acrescenta que, “diante da existência de preços de venda a consumidor, não seria realizada a justiça, se fosse o imposto calculado com base em valores sabidamente muito aquém dos realmente praticados no varejo”.

Salienta que os preços dos medicamentos utilizados para a apuração da base de cálculo, na presente autuação, foram fixados ou sugeridos pelo fabricante (Medquímica Indústria Farmacêutica Ltda.), conforme os documentos anexados ao PAF e, como o autuado procedeu ao

recolhimento a menos do imposto, obriga-se ao pagamento da diferença devida, acrescida da multa de 60% prevista legalmente.

Finalmente, opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, haja vista que o presente Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades previstas na legislação, não existindo nenhum erro de forma que pudesse ocasionar a sua nulidade, a teor do artigo 18, do RPAF/99. Ademais, o lançamento encontra-se embasado na planilha elaborada pelo autuante em que se demonstra como foi apurada a base de cálculo do ICMS (fl. 19), bem como nos documentos fiscais de aquisições de mercadorias realizadas pelo autuado, acostados às fls. 10 e 11 dos autos, não se configurando cerceamento ao seu direito de defesa.

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado, no trânsito de mercadorias, em razão do recolhimento a menos do ICMS, por antecipação tributária, referente às mercadorias (produtos farmacêuticos) constantes nas Notas Fiscais nºs 1666 e 1667 e relacionadas na Portaria nº 270/93.

Constata-se que as mercadorias foram remetidas pela empresa Medquímica Indústria Farmacêutica Ltda., situada no Estado de Minas Gerais, unidade da Federação não mais signatária, desde 01/04/01, do Convênio ICMS nº 76/94, que trata do regime da substituição tributária nas operações interestaduais de produtos farmacêuticos.

Em sendo assim, de acordo com o artigo 371 do RICMS/97, “nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste 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 próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação...”.

Por outro lado, o pagamento do imposto, acorde a alínea “c” do inciso II do art. 125 do mesmo RICMS/97, deve ser feito no momento da entrada no território deste Estado, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, em se tratando de situações excepcionais, restritas a determinadas mercadorias eleitas por ato específico do Secretário da Fazenda, cujas operações sejam sujeitas à substituição tributária, por antecipação, pela legislação estadual interna.

Em 23/06/93, foi publicada a Portaria nº 270/93, que estabeleceu a obrigatoriedade de antecipação do pagamento do imposto, na primeira repartição fazendária do percurso, pelos contribuintes adquirentes em outras unidades da Federação, de determinadas mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e relacionadas na Portaria, exceto quando fosse concedido Regime Especial para pagamento do ICMS em data posterior.

Em 13/04/94, foi publicada a Portaria nº 141/94, que acrescentou o inciso VIII à Portaria acima citada, estendendo as suas disposições aos produtos elencados no Protocolo ICM nº 14/85, depois substituídos pelos produtos farmacêuticos listados na Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações, para uso não veterinário, sendo que, posteriormente, outros produtos foram acrescentados pela Portaria nº 343/94.

Todas as Portarias citadas, publicadas sob a égide do RICMS/89, foram recepcionadas pelos RICMS/96 e RICMS/97 e continuaram em vigor até o dia 28/02/04, quando foram revogadas pela Portaria nº 114/04.

Dessa forma, conclui-se que o autuado (o destinatário), à época da ação fiscal, efetivamente estava obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, a este Estado, na primeira repartição fazendária do percurso, no território da Bahia, nas operações de circulação das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas neste lançamento.

O problema, nesta autuação, se resume à forma de apuração da base de cálculo do ICMS, uma vez que o autuado argumentou, em sua peça defensiva, que, como não há preço fixado pela 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, devendo ser utilizada a base de cálculo determinada no § 1º da Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, isto é, o preço de fábrica agregado das despesas que o oneram, acrescido da margem de agregação incidente.

O RICMS/97, no inciso I do § 2º do artigo 61, determina que:

Art. 61. (omissis)

§ 2º Para efeitos de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos a seguir indicados, a determinação da base de cálculo será feita segundo os seguintes critérios:

I - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS nº 4/95, inclusive quanto à redução da base de cálculo para fins de substituição tributária, em 10%, não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7%.

Por sua vez, o Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações posteriores determinam que:

Cláusula segunda *A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.*

§ 1º - Inexistindo o valor de que trata o "caput", a base de cálculo será obtida tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de (...):

(...)

§ 4º - A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento).

Verifica-se, da análise dos autos, que o autuante utilizou a fórmula prevista no *caput* da Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, em relação aos produtos com preços publicados em Revista especializada, aplicou o redutor de 10% determinado no § 4º da mencionada Cláusula segunda e,

finalmente, apurou um débito superior àquele indicado na GNRE acostada à fl. 13, conforme o demonstrativo e as tabelas de preços fornecidas pelo fabricante das mercadorias - Medquímica Indústria Farmacêutica Ltda. - e acostadas ao processo às fls. 14 a 28.

Segundo o entendimento da PROFAZ (atualmente PGE/PROFIS), reiteradamente acatado por este CONSEF, existe um órgão competente para estabelecer o preço máximo de venda a consumidor: o Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que, através da Portaria Ministerial nº 37/92, determinou que o preço de venda a consumidor de medicamentos deve ser calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelos fabricantes por 0,7 (zero vírgula sete), sendo único em todo o território nacional. Tais preços máximos de venda a consumidor deverão constar em listas publicadas por revistas de entidades farmacêuticas e colocadas à disposição dos consumidores e da fiscalização para a devida conferência.

Ainda que se considere que não há órgão competente para a fixação de preço de medicamentos, haveria de ser aplicada a segunda fórmula prevista na Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, qual seja, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial constante nas Revistas Farmacêuticas. Somente inexistindo tal valor é que deveria ser adotado o preço do remetente das mercadorias adicionado das despesas de frete e seguro e da margem de valor agregado, deduzido o percentual de 10%, conforme adotado pelo sujeito passivo.

Sendo assim, entendo que o valor ora exigido foi calculado de acordo com a legislação em vigor e a jurisprudência deste CONSEF e, para ilustrar, trago à colação o voto da ilustre Conselheira Sra. Verbena Matos de Araújo, prolatado no Acórdão CJF nº 0394-11/03:

VOTO

Neste Recurso Voluntário o recorrente repete a sua defesa apresentada anteriormente sem acrescentar nenhum novo fundamento, como já observado pelo Parecer PGE/PROFIS.

O recorrente deixou de observar as regras para a substituição tributária dos medicamentos adquiridos em outras unidades da Federação, ocasionando, assim, um recolhimento a menos do imposto devido.

Ocorre que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é o valor correspondente ao preço constante da tabela sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme previsto no Convênio ICMS nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA.

Nesta autuação, como já afirmado pelo relator de 1ª Instância, cumpriu-se o disposto na Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, haja vista que foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelos estabelecimentos industriais, constantes das tabelas de preços publicadas em revistas especializadas.

Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela representante da PGE/PROFIS e Nego Provento ao Recurso Voluntário, uma vez que não há qualquer ilegalidade na base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, pois a

mesma foi calculada corretamente de acordo com o Convênio nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA.

Por tudo quanto foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269278.0514/03-4**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA BRANEVES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.952,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA