

A. I. N° - 206844.0111/03-0
AUTUADO - LABORATÓRIO CATARINENSE S/A
AUTUANTES - JOÃO LAURENTINO DE MAGALHÃES FILHO e RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEP
INTERNET - 15. 04. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0102-04/04

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Reiteradas decisões deste CONSEF, tem 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/11/2003, exige ICMS no valor de R\$26.908,49, em razão da sua retenção a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, 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 autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 38 a 44 dos autos, transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal.

Sobre a exigência fiscal, disse não prosperar, já que está contaminada por equivocada interpretação.

De acordo com o autuado, o regime de substituição tributária para medicamentos foi implementado pelo Protocolo nº 14, de 27/06/85, o qual foi firmado pelos Estados do Rio de Janeiro e S. Paulo, cujo regime também foi aderido pelo Estado de Santa Catarina, através do Protocolo nº 24, de 27/09/85, conforme documentos 1 e 1A em anexos. Transcreve o teor das cláusulas 3ª e 4ª e seu inciso I, os quais versam como deve ser calculado o imposto a ser retido pelo contribuinte.

Salienta que a base de cálculo prevista na cláusula 4ª foi modificada pelo Protocolo nº 17, de 13/09/90, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Cláusula 4ª -

I – ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista (omissis), será adicionada a parcela resultante da aplicação sobre o referido montante conforme o caso, dos seguintes percentuais:

... ... (omissis)

de Estado do Sul para Estado do Nordeste60,07%”

(Doc. Nº 2)

Frisa que, antes da adesão do Estado da Bahia, a sistemática da substituição tributária/medicamentos, adotava como base de cálculo o seguinte:

I – o preço/varejo fixado pela autoridade federal: ou

II – não havendo, o preço praticado pelo fabricante, mais despesa debitada e acrescido da margem de 60,07%(ou 42,85 ou 53,30 conforme o caso).

Argumenta que, com a fixação de preços pela autoridade federal competente, através da Lei nº 8.177, de 01/03/91 (Doc. Nº 2.A), que congelou os preços nos níveis praticados em 30/01/91, além de determinar que as majorações pretendidas dependiam de prévia autorização do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Transcreve os artigos 2º, 3º e 4º e alguns dos seus incisos, da Portaria nº 463, do MEFP, de 06/06/91, que classificou os produtos sob o aspecto dos preços cobráveis pelos produtores/comerciantes, oportunidade em que fez a juntada da cópia da referida portaria (Doc. 2b).

De acordo com o autuado, as autoridades governamentais vinculadas ao controle de preços então fixaram, para os produtos farmacêuticos da linha humana, através da Portaria nº 37, de 11/05/92, o seguinte regime específico:

“Art. 2º - Ficam classificados no inciso III do art. 3º e no inciso II do art. 4º, da Portaria nº 463 de 06/07/91, os produtos farmacêuticos da linha humana.

§ 1º - O Preço máximo ao consumidor para os produtos a que se refere o “caput” deste artigo será calculado a partir da divisão dos preços estabelecidos pelas unidades produtoras (preço do fabricante) por 0,7%(zero vírgula sete) e será único em todo o território nacional.

Assevera que os produtos farmacêuticos, por força da Portaria nº 37/92 (art.2º), combinada com a Portaria nº 463/91 (art. 4º), acima referidas, foram classificados, no que tange às operações praticadas pelos comerciantes varejistas (farmácia), como:

“sujeitos à limitação da margem de comercialização”, enquanto no que diz respeito às operações praticadas pelos produtores – laboratórios – foram classificadas como “liberadas”.

Aduz que os comerciantes varejistas não estavam sujeitos ao regime de “preços tabelados” (mas apenas de “margens limitadas”), motivo pelo qual no que tange ao ICMS/Substituição Tributária/Medicamentos, não tinha aplicação à regra da Cláusula 3ª do Protocolo ICM 14/85, porquanto esta regra dizia respeito ao “preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade federal competente”.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado alegou que através do Protocolo nº 26, de 10/09/2003, (doc.nº 3), o Estado da Bahia aderiu a sistemática da substituição tributária para medicamentos e que no período auditado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o qual abrangeu os meses de março/95 a agosto/98, a sistemática sofreu alterações mais que não tem implicância com o deslinde do presente confronto, já que o Convênio ICMS 76/94 (Cópia em anexo – Doc. nº 4) embora revogou o Protocolo ICM 14/85, repetiu as suas normas, com poucas alterações. Transcreve o teor da Cláusula Segunda e do seu § 1º, do Convênio 76/94.

Ao finalizar, diz que não tem qualquer procedência o entendimento enfocado pelos autuantes, segundo o qual a base de cálculo utilizada pela empresa foi aplicada de forma incorreta, pelo que requer a improcedência do Auto de Infração.

Um dos autuantes a prestar a informação fiscal, fls. 87 e 88 dos autos, descreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como fez um breve resumo das alegações defensivas.

Em seguida, como preliminar, por medida de cautela, salienta que “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da legitimidade da autuação fiscal”.

Para apuração dos valores do imposto cobrado, esclarece que foi utilizada a metodologia de cálculo produto a produto, nota a nota, com base nas tabelas de preços PMC sugeridos ao consumidor e divulgados sobre responsabilidade do fabricante.

Segundo o autuante, nos casos em que o produto não constava nas tabelas de preços PMC, o imposto foi calculado a partir do preço praticado acrescido da margem de 60,07%.

Quanto ao preço máximo de venda a consumidor, esclarece que é o determinado na Portaria nº 37/92, da SUNAB, que continua em vigor, oportunidade em que citou diversas Resoluções do CONSEF, que julgou procedentes Autos de Infração lavrados relativos a substituição tributária sobre medicamentos.

Ao finalizar, espera o julgamento procedente do Auto de Infração.

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 4ª 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 1ª 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.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 206844.0111/03-0**, lavrado contra **LABORATÓRIO CATARINENSE S/A**, devendo ser intimado o autuado 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 demais acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR