

PROCESSO - A. I. Nº 088989.0824/04-8
RECORRENTE - COSTA PORTO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECUSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0036-01/05
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 07/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0151-12/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovada a divulgação de preço sugerido ao consumidor pelo estabelecimento industrial em valor superior à base de cálculo utilizada pelo autuado. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, apresentado em face da Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

No lançamento tributário, foi exigido imposto no valor de R\$2.598,31, em razão da *“Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado”*.

O autuado apresentou defesa, a informação fiscal foi prestada regularmente, e o Auto de Infração foi julgado procedente.

O ilustre relator da Decisão recorrida fundamentou o seu voto, argumentado que a base de cálculo da antecipação tributária de produtos farmacêuticos é apurada em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94, o qual estabelece que seja utilizado o preço sugerido por órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste valor, o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Explicou que os medicamentos possuem preço máximo de venda a consumidor, porém não há preço sugerido nem fixado por órgão competente. Disse que a Câmara de Medicamentos apenas estabelece a margem de lucro bruto máxima a ser utilizada pelos estabelecimentos comerciais. Aduziu que a Resolução CAMED nº 01/02 revogou o dispositivo citado pelo autuado da Portaria nº 37/92 do Ministério da Fazenda e Planejamento. Ao final, manteve a exigência fiscal.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde diz que é ilegal a norma regulamentar empregada na apuração da base de cálculo da substituição tributária, utilizando preços publicados em revistas farmacêuticas. Para embasar essa sua alegação, transcreveu dispositivos da Lei Federal nº 8.884/94, que tratam de infrações contra a ordem econômica. Diz que essa questão não foi abordada pela Junta de Julgamento.

Referindo-se ao disposto no art. 61, I, do RICMS-BA, o recorrente frisa que a norma fala em preço sugerido pelo fabricante ou fixado por autoridade competente. Discorre sobre a importância da conjunção “ou” no citado dispositivo regulamentar e, em seguida, diz que a lei dá preferência ao preço estabelecido por órgão oficial e, só na falta deste dado, é que se utiliza o preço sugerido pelo fabricante. Já no que tange à Lei nº 7014/96, diz que se houver preço fixado pela autoridade

competente, este será utilizado como base de cálculo para a substituição tributária. Diz que o art. 61, do RICMS-BA, deve ser interpretado nos termos da lei que alicerçou a sua criação.

Ressalta que, em momento algum, restou comprovado que os preços de venda a consumidor final são os sugeridos pelos fabricantes. Assegura que os medicamentos possuem preços fixados por órgão público, conforme a Portaria nº 37/92, do Ministério da Fazenda e Planejamento. Diz que a base de cálculo para fins de substituição tributária não pode ser aquela sugerida pelo fabricante, mas sim a fixada pela autoridade oficial e, portanto, o Auto de Infração fere a Lei nº 7014/96. Argumenta que, para cobrar o ICMS por substituição, o fisco teria que provar que o preço utilizado para no lançamento é o realmente praticado na aquisição feita pelo consumidor. Frisa que essa prova não existe nos autos e, portanto, fica claro que a exigência fiscal contraria o disposto no § 3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96. Ao final, requer a improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, afirma que a base de cálculo do ICMS por substituição tributária relativa a medicamentos está prevista no Convênio ICMS nº 76/94. Diz que as listas publicadas pelos fabricantes são preços sugeridos livremente pelo industrial. Argumenta que a base de cálculo aplicada no caso em tela está correta, pois prevista expressamente na legislação. Opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No Recurso Voluntário, o recorrente alega que o seu argumento referente ao disposto no art. 21 da Lei Federal nº 8.884/94 não foi tratado na Decisão recorrida. Contudo, ao analisar o voto proferido, observo que a essência do argumento recursal foi rechaçada, quando o relator explicou que os medicamentos têm apenas o preço máximo de venda sugerido pelos fabricantes, não havendo preço fixado por órgão competente. O relator da Primeira Instância, apesar de não ter citado no voto o citado dispositivo legal, abordou a matéria e fundamentou a sua Decisão, com a qual concordo, já que a existência de tabelas de preços máximos sugeridos pelos fabricantes não implica formação de cartel e nem imposição de preços ao mercado. Dessa forma, a utilização de preços publicados em revistas não viola o disposto no art. 21 da Lei Federal nº 8.884/94, bem como não incide em ilegalidade.

Ultrapassada a questão acima, resta saber qual o valor que deve ser empregado na determinação da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, já que o recorrente não nega que estivesse obrigado a efetuar a antecipação tributária nas aquisições arroladas no lançamento.

De acordo com o art. 61, § 2º, I, do RICMS-BA/97, a base de cálculo de medicamentos é feita conforme o disposto no Convênio ICMS Nº 76/94 e suas alterações posteriores. Em consonância com essa determinação regulamentar, este CONSEF já firmou o entendimento de que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária referente a medicamentos é apurada em consonância com o previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, a qual reza que:

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.

A primeira hipótese prevista no dispositivo transcrito acima não se aplica ao caso em tela, pois não temos mais preço de medicamento fixado por órgão competente. A Portaria nº 37/92, do Ministério da Fazenda e Planejamento, está em desuso, uma vez que em uma economia de mercado os preços são livres. Hoje, a Câmara de Medicamentos (CMED) apenas determina qual a margem de lucro bruto máxima a ser utilizada pelos estabelecimentos comerciais, conforme bem explicou o relator da Decisão recorrida.

Quanto aos preços máximos de venda a consumidores sugeridos pelos estabelecimentos industriais, observo que esses preços existem e, portanto, devem ser utilizados na determinação

da base de cálculo da substituição tributária. Ao analisar os autos, constato que o autuante teve o cuidado de acostar ao processo cópia das revistas onde tais preços são publicados. Assim, para os medicamentos que estão relacionados nessas revistas, a base de cálculo deve ser apurada com a utilização dos preços ali constantes.

No que tange à comprovação de que os contribuintes substituídos pagaram ou não o preço sugerido pelo fabricante, é lógico que essas publicações foram observadas pelos comerciantes varejistas, pois seria um contra-senso publicar e divulgar revistas com preços sugeridos caso esses preços não fossem observados. Todavia, para afastar qualquer dúvida sobre o preço final praticado, a legislação tributária estadual concede uma redução da base de cálculo equivalente a dez por cento (10%), visando cobrir eventual desconto concedido por comerciante varejista.

Apenas se não houvesse o preço sugerido pelo fabricante, é que seria utilizado o valor da mercadoria mais o IPI, frete e/ou carreto e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionando-se a esse montante a MVA prevista na legislação, tudo nos termos do § 1º da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94. Considerando que no caso em lide há o preço sugerido, foi correto o critério utilizado pelo autuante.

Por fim, ressalto que as formas de apuração da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária previstas no Convênio ICMS nº 76/94 e no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia estão em total conformidade com o art. 23, § 3º, da Lei nº 7.014/96, não havendo assim ilegalidade na legislação tributária.

Em face do exposto, a Decisão recorrida está correta e, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088989.0824/04-8**, lavrado contra **COSTA PORTO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.598,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Hilton de Souza Cruz, José Carlos Barros Rodeiro, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS