

PROCESSO - A. I. Nº 269278.0905/04-1
RECORRENTE - AÉCIO FAGUNDES SOARES
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0066-03/05
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 09/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0178-12/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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. Aplica-se, como base de cálculo, o preço sugerido pelo fabricante, tendo em vista o quanto disposto no art. 61, do RICMS, c/c o Convênio nº 76/94 e a Resolução nº 01/02, da Câmara de Medicamentos, que revogou a Portaria nº 37/92, do Ministério da Fazenda e Planejamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0066/03-05, que julgou pela procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$24.551,01, em decorrência do recolhimento a menos do imposto referente a *“mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria”*, constando, ainda, da descrição dos fatos a seguinte infração: *“Apreensão das mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 54106 e 54105 com imposto recolhido por antecipação conforme GNREs anexas e destaque no documento fiscal em valores evidentemente inferiores ao que efetivamente deveriam ser recolhidos, ficando sujeito ao pagamento da diferença através de Auto de Infração com imposto apurado conforme demonstrativo de débito anexo”*.

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, alegando, inicialmente, que não conhece a fundamentação para a lavratura do Auto de Infração e que é ilegal a norma regulamentar que determina a fixação de preços pelo fabricante para a apuração do ICMS. Aduziu que o RICMS/97 (artigo 61, inciso I) *“não determina que a base de cálculo por substituição seja aquela sugerida pelo fabricante, como sendo o preço de consumidor final”*, *“fala em preço sugerido pelo fabricante ou preço fixado por autoridade competente”*. Argumentou que deve ser aplicada a

regra do artigo 8º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar Nº 87/96, e do artigo 23, §§ 2º e 3º, da Lei nº 7.014/96, que estabelecem que *“o preço sugerido pelo fabricante, como sendo o de venda no balcão (preço final a consumidor), só será utilizado como base de cálculo do ICMS por substituição, NA FALTA DE PREÇO ESTABELECIDO POR ÓRGÃO COMPETENTE”, “de modo que, se houver preço fixado por órgão competente, não pode ser utilizado o preço sugerido pelo fabricante ou importador”, “isso sem contar que em momento algum foi provado que os preços constantes de venda a consumidor final são os realmente sugeridos pelo fabricante, como de fato NÃO SÃO”*. *Pari passu*, alegou que existe um preço fixado por órgão público, qual seja a Portaria nº 37, de 11/05/92, publicada no Diário Oficial da União de 12/05/92, do Ministério da Fazenda e Planejamento, que diz que *“o preço máximo ao consumidor para os produtos a que se refere o caput deste artigo [produtos farmacêuticos de uso humano] será calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço do fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e será único em todo o território nacional”*. Asseverou que a autuação, não obstante se estribar no RICMS/97, fere frontalmente a lei, pois a base de cálculo para fins de substituição tributária não pode ser aquela sugerida pelo fabricante, mas sim a fixada pela autoridade oficial. Ressaltou que alguns Estados têm corrigido a ilegalidade de lançamentos fundamentados em base de cálculo referente a preço máximo de venda a consumidor publicado em revistas especializadas, a exemplo de Minas Gerais (Lei nº 14.062/2001 – SEF/MG) e alegou que, segundo o Convênio ICMS Nº 76/94, o contribuinte deve, *“no máximo, aplicar o percentual de agregação equivalente a 60,07%, e reduzir em 10% esse montante, para então achar a base de cálculo do ICMS”*. Salientou que tal procedimento foi adotado em relação às Notas Fiscais nºs 54106 e 54105, objeto desta autuação, tendo sido recolhido o valor total de R\$5.111,42. Por fim, protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito e pede a improcedência deste Auto de Infração.

Na informação fiscal, a auditora designada esclareceu que o lançamento refere-se à aquisição de medicamentos para comercialização, procedentes de Estado não signatário do Convênio ICMS Nº 76/94, cabendo ao autuado, como adquirente, o recolhimento antecipado do imposto, nos termos da Portaria nº 114/04. Acrescentou que, em conformidade com o § 2º do artigo 61 do RICMS/97, a base de cálculo para fins de antecipação tributária será determinada em consonância com o disposto na Cláusula segunda do Convênio ICMS Nº 76/94 e suas alterações posteriores, isto é, o valor correspondente ao preço constante da tabela fixada por 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. Salientou que *“havendo Preço Máximo ao Consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme comprovado pelos autuantes às fls. 15 a 50, esta é a base de cálculo, não cabendo a aplicação de qualquer percentual, neste caso”*. Por fim, finalizou aduzindo que o valor recolhido pelo contribuinte, conforme o comprovante acostado às fls. 11 a 13, é inferior ao valor devido, obrigando-se o sujeito passivo a pagar a diferença, acrescida da multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, ratificando a autuação.

Através do Acórdão JJF Nº 0066/03-05, a 3ª JJF julgou procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade da legislação tributária estadual, à luz do art. 167, I, e o art. 168, do RPAF/99;
- b) aplica-se *in casu* o quanto disposto no art. 371, do RICMS/97, que reza que *“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...”*;

- c) o pagamento do imposto deve ser feito, em consonância com o quanto insculpido na alínea “b” do inciso II do art. 125 do mesmo RICMS/97, no momento da entrada no território deste Estado, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subseqüentes, convindo ressaltar que o autuado (destinatário) não comprovou que se encontra credenciado, nos termos da Portaria nº 114/04, para recolher o ICMS até o dia 25 do mês subseqüente à entrada das mercadorias em seu estabelecimento, razão pela qual estava obrigado a efetuar o pagamento do imposto, por antecipação tributária, na primeira repartição fazendária do percurso, no território da Bahia, na operação de circulação das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas no presente lançamento;
- d) o valor ora exigido foi calculado de acordo com a legislação vigente e a jurisprudência do CONSEF, a exemplo do voto da ilustre Conselheira Verbena Matos de Araújo, prolatado no Acórdão CJF nº 0394-11/03, *“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 n.º 76/94, combinado com o artigo 61, I, do RICMS/BA”*;
- e) a Lei nº 14.062/01, editada pelo Estado de Minas Gerais e transcrita pelo contribuinte, não tem, por óbvio, aplicação no território baiano;

Inconformado com a Decisão prolatada pela 3ª JF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ratificando todos os termos da peça defensiva, especialmente quanto à necessidade de aplicação do art. 21, da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), que trata da prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, que não foi objeto de manifestação por parte da D. 3ª JF. Afirmou que a interpretação conferida ao art. 61, do RICMS, foi equivocada, devendo ser feita a exegese em consonância com a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei Estadual nº 7.014/96. Aduziu que o art. 61, do RICMS, não determina que a base de cálculo por substituição seja aquela sugerida pelo fabricante, como sendo o preço do consumidor final, mas sim de preço sugerido pelo fabricante OU preço fixado pela autoridade competente. Asseverou, investindo-se de uma interpretação sistemática, que a lei é clara ao dar preferência ao preço estabelecido por órgão oficial, aplicando-se o preço sugerido pelo fabricante apenas na falta daquele. Transcreveu os arts. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96 e 23, §§ 2º e 3º, da Lei nº 7.014/96, para concluir que o RICMS faculta a utilização da base de cálculo em relação à uma daquelas duas hipóteses, mas a lei estadual é clara ao determinar que, em havendo preço fixado por autoridade competente, este será utilizado como base de cálculo para fins de substituição tributária por antecipação. Alegou que o § 3º, do citado art. 23, é ainda mais categórico, ao prescrever que o preço sugerido pelo fabricante, como sendo o de venda no balcão – preço final a consumidor – só será utilizado como base de cálculo do ICMS por substituição, na falta de preço estabelecido por órgão competente, de modo que, se houver preço fixado por órgão competente, não pode ser utilizado o preço sugerido pelo fabricante ou importador. Ademais, insiste que os preços constantes de venda a consumidor final não são aqueles sugeridos pelo fabricante. Reitera que há preço fixado por órgão público, qual seja, a Portaria nº 37, de 11/05/92, publicada no Diário Oficial da União de 12/05/92, do Ministério da Fazenda e do Planejamento, estipulando-o mediante cálculo da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço do fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete), sendo único em todo o território nacional. Invocou o art. 99, do CTN, para afirmar que o art. 61, do RICMS, deve ser interpretado nos termos da Lei que alicerçou a sua criação. Ao final, requereu a improcedência da autuação, protestando pela produção de todos os meios de provas admitidas em direito.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS entende que o Convênio nº 76/94 estabelece uma base de cálculo alternativa, ou seja, em havendo preço sugerido pelo órgão competente, esse deve ser utilizado como base de cálculo, apenas aplicando o valor da operação quando aquele faltar. Todavia, aduz que a Portaria Ministerial nº 37/92 elevou as listas fornecidas pelas indústrias à categoria de preço sugerido pelo órgão competente, posto que essa norma impositiva estabelece a forma de proceder o cálculo para chegar-se a tais preços, razão pela qual as listas publicadas pelos fabricantes “*são preços sugeridos livremente pelo industrial, vez que revelam a limitação da margem de comercialização, segundo os ditames do § 1.º, da referida Portaria Ministerial*”. Além disso, entende que ainda que assim não fosse, o Acórdão nº 0036/05, invocado pela D. 1ª JJF, traz a informação de que a Resolução nº 1/2, da Câmara de Medicamentos, revogou o dispositivo da multicitada portaria, não havendo, portanto, desde então, preço sugerido pelo órgão competente, pelo que deve ser aplicada a outra alternativa prevista em lei, qual seja, o preço sugerido pelo fabricante. Assim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão prolatada no âmbito de Primeira Instância. Senão, vejamos.

Inicialmente, em breve prelóquio, convém salientar que, ao contrário do que apregooou o recorrente, a utilização de preços publicados em revistas para fins de base de cálculo do imposto, não viola o quanto disposto no art. 21, da Lei Federal nº 8.884/94, posto que os medicamentos da linha humana possuem preço máximo de venda sugerido pelos fabricantes, inexistindo, todavia, preço fixado por órgão competente. Ademais, *permissa venia*, cura aduzir que a legislação tributária, em face da liberdade de preços que vigora em nossa economia, concede a redução da base de cálculo em dez por cento, vez que algum varejista pode praticar preços menores que os sugeridos pelos fabricantes. Logo, a publicação de preços dos medicamentos em revistas especializadas não tem por escopo a formação de cartel, muito menos a imposição de preços ao mercado.

Cinge-se a presente *vexata quaestio* à determinação de qual valor deve ser empregado na determinação da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, posto que não nega o recorrente que estivesse compelido a efetuar a antecipação tributária nas aquisições descritas no Auto de Infração.

O Egrégio CONSEF tem decidido, por reiteradas vezes, que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária referente a medicamentos é apurada em consonância com o quanto disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, que dispõe *ad litteram verbis*:

“A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido por 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.”

É de corriqueira sabença que inexistente, hodiernamente, preço de medicamento fixado por órgão competente, tendo em vista que a Portaria nº 37/92, editada pelo Ministério da Fazenda e Planejamento, está em completo desuso, tendo-se notícia, inclusive, de que fora revogada pela Câmara de Medicamentos, através da Resolução nº 1/2, estando a vigorar a liberdade de preços na nossa economia.

Outrossim, no que tange aos preços máximos de venda a consumidor sugeridos pelos estabelecimentos industriais, é evidente que os mesmos existem, devendo, por tal razão, ser utilizados para fins de determinação da base de cálculo da substituição tributária. Mas não é só. Compulsando-se os autos, constata-se, com clareza solar, que o autuante teve o cuidado de

colacionar ao presente PAF cópias das revistas especializadas em que os preços são publicados, paradigmas que devem, *in casu*, ser utilizados para a apuração da base de cálculo.

Pari passu, no que se refere à alegação do recorrente de que o Fisco Estadual não comprovou que os contribuintes substituídos pagaram ou não o preço sugerido pelo fabricante, de igual forma, não merece guarida à arguição do recorrente. Isso porque é lógico e evidente que as referidas publicações foram objeto de conhecimento por parte dos comerciantes varejistas, visto que, caso contrário, seria um absurdo publicar e divulgar revistas com preços sugeridos, se os mesmos não fossem observados. Além disso, a fim de dirimir toda e qualquer dúvida acerca do preço final praticado, mister se faz salientar que a legislação tributária concede uma redução da base de cálculo equivalente a dez por cento (10%), tendo por escopo abranger eventuais descontos concedidos pelos comerciantes varejistas.

Assim sendo, apenas na hipótese de inexistir qualquer preço sugerido por parte dos estabelecimentos industriais, o que sói ocorrer no caso vertente, é que seriam utilizados os demais critérios previstos na legislação tributária.

Ex positis, com espeque no Parecer emitido pela PGE/PROFIS e nas razões acostadas na Decisão de Primeira Instância, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo *in totum* a referida Decisão recorrida que decretou a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração nº 269278.0905/04-1, lavrado contra AÉCIO FAGUNDES SOARES.

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 **269278.0905/04-1**, lavrado contra **AÉCIO FAGUNDES SOARES**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.551,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

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