

PROCESSO - A. I. Nº 124274.0017/03-2
RECORRENTE - MSR FARMA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0264-04/05
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 04/11/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0360-11/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Reiteradas decisões deste CONSEF, têm sido no sentido de que na apuração do imposto a ser recolhido por antecipação tributária, deve ser utilizado o preço máximo de venda à consumidor sugerido pelo fabricante, conforme previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração comprovada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra o lançamento fiscal, de 25/05/2004, exigindo ICMS no valor de R\$251.660,84, em razão do recolhimento a menos por erro na determinação da base de cálculo, por sujeito passivo na substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias enquadradas nesse regime, e oriundas de outras unidades da Federação.

No julgamento da ilustre 4ª IJF, relatam inicialmente que a autuação ocorreu pelo recolhimento a menos do imposto por parte do autuado, ocasionado por erro no estabelecimento da base de cálculo, na figura de sujeito passivo por substituição, em aquisições de mercadorias vindas de outras unidades da Federação, e enquadradas no regime de substituição tributária.

Não acolhem as preliminares de nulidade apresentadas pelo recorrente, já que nos termos do § 1º, do art. 18, do RPAF/99, as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação, não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, sempre que possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as mesmas serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, e que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, e na ocasião da intimação sejam cedidas cópias dos novos elementos, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar.

E as providências acima foram adotadas ao converter o PAF em diligência ao autuante em duas oportunidades, cumpridas, assim como foram fornecidas ao recorrente pela INFRAZ-Feira de Santana cópias dos demonstrativos e reaberto o prazo de defesa em trinta dias, falecendo assim o argumento defensivo do cerceamento ao seu direito de defesa e do contraditório.

Analisam e julgam que os documentos acostados ao PAF são suficientes para decidir acerca da presente lide, de forma que é desnecessário o pedido do recorrente para o encaminhamento a PGE/PROFIS, para pronunciamento a respeito de diversos dispositivos legais citados, inclusive a vedação da utilização da Pauta Fiscal contida no art. 148 do CTN.

No mérito da autuação, julgam razão não assistir ao recorrente, pois calculou o imposto por antecipação tributária, de forma equivocada, por considerar na apuração da base de cálculo do imposto o valor de compra consignado no documento fiscal de aquisição, sobre o qual agregou a MVA prevista no Convênio ICMS nº 76/94, com a redução de 10%.

São citadas reiteradas decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CS nº 0376-11/04, as quais têm sido no sentido de que na apuração do imposto por antecipação tributária nas operações com

medicamentos oriundos de outros Estados, deve ser utilizado como base de cálculo do imposto, o preço máximo de venda sugerido pelo fabricante, conforme previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, cuja norma foi recepcionada pelo art. 61, § 2º, I, do RICMS/97.

Entendem que a alegação defensiva de que outros Estados editaram leis objetivando cancelar créditos tributários formalizados ou não, inclusive os inscritos em Dívida Ativa, em cujos lançamentos tenham sido adotados como base de cálculo para fins de substituição tributária o preço máximo de venda a consumidor, sugerido em tabelas divulgadas por entidades representativas do comércio varejista de medicamentos, não se aplica a presente autuação, por observar que o autuante na obtenção do imposto devido pelo contribuinte, adotou o preço sugerido pelo fabricante (laboratório) para os produtos objeto da autuação (genéricos e similares) e não do tipo ético conforme alegado pela defesa.

Julgam os ilustres membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, correta a exigência fiscal e votam pela Procedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário apresentado pelos prepostos do recorrente, contidos as folhas de nºs 341 a 360 do PAF, versam inicialmente e requerem sejam consideradas novamente todas suas razões de defesa anteriormente apresentadas.

Citam dispositivos legais, aludem que exigir base de cálculo por Pauta Fiscal, disfarçada de Preço Máximo de Venda a consumidor, agride ao art. 148 do CTN e também aos arts. 146 da CF e 148 do próprio CTN e alegam total contrariedade a Lei Federal nº 8884/94 estipular base de cálculo a partir do PMC, pois que este somente em circunstâncias especialíssimas seria adotado, situação na qual a autoridade fiscal poderia recorrer ao arbitramento.

Renovam seu pedido, dizendo da imposição para o encaminhamento deste PAF a PGE/PROFIS, consoante aspectos jurídicos envolvidos na questão, assim como reiteradas decisões do STF, acerca da legislação extravagante, e dos itens contidos na Conclusão do presente Recurso Voluntário.

Destacam que em momento algum os preços a consumidor final praticados pelo recorrente foram sugeridos pelo fabricante, por tratar se de medicamentos da linha Similar, e chamam a atenção que não foram acatados os recolhimentos calculados sobre o valor da operação, consignado na nota fiscal de venda emitida pelo fabricante e/ou distribuidor.

Do pedido, item 26 da folha 360, o recorrente requer por outra vez mais o encaminhamento a PGE/PROFIS para manifestação acerca dos itens incluídos na conclusão do presente Recurso Voluntário, determinando diligência de conformidade aos arts. 137, I, a, b, II e 148, III do RPAF/BA acerca de todos os documentos e de tudo o quanto foi exposto, com destaque a memória de cálculo comprobatória dos pagamentos efetuados com a base de cálculo a partir do valor da nota fiscal emitida pelo fabricante do medicamento similar. Protestam pela juntada posterior de documentos, esperam ver acolhido o presente Recurso e que seja reformada a Decisão recorrida decidindo pela total Improcédência do Auto de Infração em combate.

A PGE/PROFIS através nobre procuradora, elabora Parecer versando cronologicamente sobre os fatos e eventos significantes do presente PAF e trazendo a conclusão da 4ª JJF que julgou procedente o Auto de Infração em comento com base na correção da autuação, pois que pautada na legislação aplicável a espécie, segundo diretrizes do Convenio nº 76/94, norma recepcionada pelo art. 61, parágrafo 2º, I, do RICMS e em consonância a jurisprudência do CONSEF. Diz da interposição de Recurso Voluntário pelo autuado, utilizando novamente as alegações anteriormente apresentadas em suas petições, com destaque a pauta fiscal no lançamento em apreço.

Rebatem afirmando inexistência a violação da Lei Federal nº 8884/94, a qual proíbe a imposição de preços de revendas, e no caso ora tratado, o autuante adotou tabela de **sugestão** aos varejistas dos preços máximos de vendas de medicamentos.

E não foi adotada pauta fiscal, alegação utilizada pelo recorrente em sua exposição. Os valores calculados pelo agente fiscal foram efetuados com base nos elementos apresentados pelo contribuinte, obedecendo ao roteiro federal, e estadual aplicáveis, conforme demonstrado abaixo.

A Lei Complementar Federal nº 87/96, art. 8º, § 2º, estipula que – Tratando-se de mercadorias ou serviços cujo preço final a consumidor, único ou Maximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributaria, e o referido preço por ele estabelecido-, e 3º, estipula que - Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

No âmbito estadual é regulamentada a aludida base de cálculo mediante Convênio nº 76/94, art. 61 § 2º do RICMS/BA, inclusive reconhecido pelo próprio recorrente em sua defesa a folhas 25.

Aduz ainda a i.procuradora, que tendo em vista a Portaria nº 37/92 do Ministério da Economia, Fazenda e do Planejamento que fixa preços para medicamentos, revogada pela Resolução ½, consoante consta dos autos do presente PAF, torna-se evidente que o parâmetro a ser adotado na questão em lide, é o preço máximo sugerido pela indústria, de conformidade as determinações do Ministério da Fazenda, obtido em tabelas publicadas por revistas especializadas. E que assim agiu o autuante, observando inclusive a redução de 10% prevista no art. 61 inciso I do RICMS/BA, assim como no § 4º da Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94.

Conclui seu Parecer quanto à autuação em análise encontrar-se respaldada na legislação pertinente à matéria, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, para que assim seja confirmada a Decisão recorrida proferida pela 4ª JJF.

VOTO

Inobservado a aludida e reiterada limitação ou cerceamento de defesa, apregoada pelo recorrente, ademais ao adentrar no mérito da autuação, exercitou em sua plenitude o amplo direito de defesa.

A reiterada solicitação para que a Procuradoria Geral do Estado viesse aos autos, foi pronta e objetivamente atendida, conforme se depreende da exposição arrolada pela i.procuradora, e da qual não resulta ponto algum que não tenha sido enfrentado.

No mérito verifico restar rebatida a alegação da violação da Lei nº 8884/94, porquanto a autuação tomou os valores sugeridos pela indústria de medicamentos como os máximos praticáveis; não foi adotada a Pauta Fiscal, e estes preços máximos sugeridos foram aplicados de conformidade a determinação ministerial, consoante Portaria nº 37/92 revogada pela Resolução 1/2 do extinto Ministério da Economia, Fazenda e do Planejamento.

Na esfera estadual, o referido procedimento para a obtenção da base de cálculo, inclusive com adoção da redução de 10%, transcorreu em inteira conformidade ao art. 61 inciso I do RICMS/BA e no parágrafo 4º Cláusula Segunda do Convenio nº 76/94.

Tendo em vista o quanto acima exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 124274.0017/03-2, lavrado contra **MSR FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$251.660,84**, 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, 11 de outubro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS