

PROCESSO - A. I. Nº 124274.0023/03-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WELLPHARMA DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDOS - WELLPHARMA DISTRIBUIDORA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0346-02/05
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0466-11/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA A CONSUMIDOR COMO BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO. A defesa não provou que o imposto foi antecipado com base nos preços de fábrica, acrescidos das despesas e da margem de valor adicionado. Refeitos os cálculos, haja vista que no levantamento fiscal existem produtos em relação aos quais não há preços máximos de venda a consumidor, publicados nas revistas do setor farmacêutico. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida no Acórdão nº 0346-02/05, pela Procedência do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS que foi recolhido a menos, por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (produtos farmacêuticos), sendo as mercadorias oriundas de Estados da Federação que denunciaram o Convênio ICMS 76/94.

A Junta de Julgamento Fiscal inicialmente rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo sob o entendimento de que foram sanados os vícios processuais com a conversão do PAF em diligência para que fossem entregues, ao contribuinte, cópias das peças que compõem o lançamento de ofício (fls. 5 a 31).

No mérito, o órgão julgador decidiu reduzir o débito exigido na autuação, após a realização de diligência feita pelo autuante, com a inclusão dos recolhimentos do imposto efetuados pelo autuado por meio de parcelamento; a consideração dos preços constantes na revista especializada e a juntada das cópias da mencionada revista, com os preços adotados como base de cálculo do imposto lançado no Auto de Infração em relação a todos os produtos e a cada laboratório fabricante. A Junta de Julgamento Fiscal entendeu que a defesa não conseguiu comprovar que o imposto foi antecipado com base nos preços de fábrica, acrescidos das despesas e da margem de valor agregado.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 487 a 503), o sujeito passivo inicialmente reitera todos os argumentos já apresentados em suas manifestações anteriores e reclama que a base de cálculo do imposto foi fixada por arbitramento com base em pauta fiscal, não sendo considerada a metodologia por ele adotada, a qual apurou a base de cálculo a partir do valor da operação, consignado na Nota Fiscal de venda emitida pelo fabricante de medicamento similar.

Argumenta que determinar a base de cálculo mediante publicação de preço máximo de venda a consumidor é o mesmo que estabelecer base de cálculo por meio de pauta fiscal, critério este que o Supremo Tribunal Federal vem repelindo, conforme Decisão proferida no RE-77544-SP, no RE-92679 e no RE-72400-RN, não tendo efeito legal, face ao disposto no artigo 148, do Código Tributário Nacional e na Lei Federal nº 8.884/94, pois tal possibilidade só é possível quando forem omissas ou não mereçam fé as declarações do sujeito passivo ou do terceiro legalmente obrigado acerca do valor ou preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, assegurada, em

caso de contestação pelo contribuinte, avaliação contraditória, administrativa ou judicial, haja vista que somente em circunstâncias especialíssimas é que poderá a autoridade fiscal recorrer ao arbitramento, neste caso chamado de preço máximo de venda ao consumidor, valendo como presunção relativa do preço de venda ou do valor da operação.

Alega que cumpriu rigorosamente a Portaria nº 37/92, do Ministério da Fazenda e Planejamento, quando calculou a base de cálculo dos produtos a partir da divisão do preço de fábrica (preço constante nas notas fiscais de venda do fabricante) por 0,7, adicionando a MVA de 42,85%, e que, em momento algum, foi provado “que os preços constantes de venda a consumidor final praticado pelo substituído são os realmente sugeridos pelo fabricante”, já que se trata de medicamento similar.

Ressalta que não foram excluídos do lançamento “diversos pagamentos de ICMS através de GNRE anexadas por amostragem ao Processo em questão” e também “não foi acatado o pagamento com base no MVA”.

Requer que o processo seja encaminhado à PROFIS, para que esta se pronuncie a respeito da vedação da utilização de pauta fiscal disfarçada de preço máximo de venda a consumidor, contida no artigo 148, do CTN e nos artigos 20 e 21 da Lei Federal nº 8.884/94, bem como na Portaria nº 37/92 do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

Conclui sustentando o § 3º do artigo 23 da Lei nº 7.014/96 usa o termo “poderá”, “condicionando a comprovação de que a Base de Cálculo seja efetivamente o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído” e assegura que este preço de venda “na comercialização de medicamentos humanos produzidos pelo recorrente é sempre inferior ao valor da operação de aquisição consignado na Nota Fiscal de Venda emitida pelo fabricante ou distribuidor acrescido do MVA, o que pode ser comprovado pelo FISCO mediante pesquisa de mercado”.

Finalmente, transcreve o inteiro teor do voto discordante proferido pelo julgador Sr. José Bizerra Lima Irmão no Acórdão JJF nº 0489-02/04 e pede a realização de diligência para que se confirme o alegado, especialmente a memória de cálculo comprovando o pagamento do ICMS a partir do valor da operação consignado na nota fiscal de venda emitida pelo fabricante de medicamento similar, e pede a improcedência do Auto de Infração.

A ilustre Representante da PGE/PROFIS, Dra. Cláudia Guerra, emitiu o seu Parecer (fls. 509 a 511) opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário impetrado, o qual foi ratificado pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho (fl. 512), com fundamento na seguinte argumentação:

1. o órgão julgador de Primeira Instância determinou que os cálculos fossem refeitos para o fim de considerar as distintas categorias de medicamentos e verificar os valores efetivamente pagos, os quais não teriam sido considerados pelo autuante;
2. o autuado não anexou ao presente Recurso Voluntário nenhum dado novo ou documentos que pudesse comprovar que as operações teriam sido praticadas em valores inferiores aos considerados pelo preposto fiscal e que o imposto foi antecipado com base nos preços de fábrica, acrescidos das despesas e da margem de valor adicionado.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência formulado pelo recorrente, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99. O órgão julgador *a quo* determinou a realização de duas diligências, as quais foram executadas pelo próprio autuante, o qual refez os cálculos, considerando os valores dos produtos constantes nas notas fiscais (quando não havia preço máximo de venda a consumidor publicado em revista farmacêutica), e incluiu os valores de imposto já recolhidos pelo contribuinte através de GNRE e parcelamentos (fls. 222 a 268 e 295 a 457). Ademais, o recorrente não trouxe aos autos nenhum documento que pudesse demonstrar a necessidade de nova diligência.

No mérito, verifico que o problema, nesta lide, se resume à forma de apuração da base de cálculo do ICMS, uma vez que o recorrente dividiu o preço de fábrica (preço constante nas notas fiscais de venda do fabricante) por 0,7, adicionando a MVA de 42,85%, enquanto que a fiscalização

utilizou os preços de venda a consumidor constantes em revistas farmacêuticas especializadas, no período de abril a dezembro de 2003.

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

Art. 61.

§ 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 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS 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 76/94, vigente à época dos fatos geradores desta autuação, determina 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, de um dos percentuais indicados nas tabelas a seguir apresentadas:

(...)

§ 3º O valor inicial para o cálculo mencionado no § 1º será o preço praticado pelo distribuidor ou atacadista, quando o estabelecimento industrial não realizar operações diretamente com o comércio varejista.

§ 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).

Verifico, da análise dos demonstrativos e fotocópias anexados às fls. 297 a 457, que o autuante, em atendimento à segunda diligência determinada pela Junta de Julgamento Fiscal, procedeu da seguinte forma:

1. em relação aos produtos com preços publicados em revistas especializadas, utilizou a fórmula prevista no *caput* da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, aplicando o redutor de 10% previsto no § 4º da mencionada Cláusula segunda e, finalmente, apurou um valor de débito superior àquele recolhido pelo autuado;
2. em referência às mercadorias sem preços publicados em revistas farmacêuticas, utilizou a fórmula prevista no § 1º da Cláusula segunda do referido Convênio, aplicando o redutor de 10% e a MVA de 49,08% e, ao final, apurou um débito superior àquele encontrado pelo sujeito passivo.

Segundo o entendimento da 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 constam 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 preços de medicamentos, haveria de ser aplicada a segunda fórmula prevista na Cláusula segunda do Convênio ICMS 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 valor de venda a consumidor sugerido pelo industrial é que poderia ser adotado o seguinte, na ordem apresentada:

1. o preço de venda praticado pelo remetente das mercadorias (fabricante) **nas operações com o comércio varejista**, adicionado das despesas debitadas ao destinatário e da margem de valor agregado; ou
2. o preço de venda praticado pelo distribuidor ou atacadista nas vendas ao estabelecimento varejista, quando o industrial não realizar operações diretamente com o comércio varejista.

Ressalto, ainda, que os §§ 6º e 7º da Cláusula segunda do Convênio acima mencionado (acrescentados pelo Convênio ICMS 147/02 – efeitos a partir de 01/01/03) prevêem que o estabelecimento industrial remeterá listas atualizadas dos preços referidos no *caput* ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da Federação onde tiver obtido inscrição como substituto tributário, informando em qual revista especializada ou outro meio de comunicação divulgou os preços máximos de venda a consumidor dos seus produtos, conforme determinação legal.

Sendo assim, é evidente que, a partir de 1º de janeiro de 2003, os preços de venda a consumidor, constantes em revistas farmacêuticas especializadas, são aqueles sugeridos pelos estabelecimentos fabricantes dos produtos e, portanto, devem ser utilizados na apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária. Somente em caso de inexistência de preços de medicamentos publicados nas referidas revistas é que poderá ser adotada a fórmula de cálculo prevista no § 1º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e, mesmo nesse caso, deve-se adotar o preço de venda do estabelecimento industrial ao varejista ou o preço de venda do estabelecimento distribuidor ao varejista, acrescido das despesas debitadas ao destinatário e da margem de valor agregado correspondente, que, na situação em análise, deve ser de 49,08%, como adotado pelo aujuante, consoante o disposto no item 1 do § 1º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, com a redação do Convênio ICMS 147/02 (efeitos a partir de 01/01/03), para os medicamentos da Lista Negativa, isto é, não beneficiados com a outorga do crédito para o PIS/PASEP e COFINS previsto no artigo 3º, da Lei Federal nº 10.147/00.

Por tudo quanto foi exposto, considero que não merece reparo a decisão recorrida, já que o valor exigido foi calculado de acordo com a legislação em vigor e a jurisprudência deste CONSEF.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, acolhendo o opinativo da PGE/PROFIS.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 124274.0023/03-2, lavrado contra WELLPHARMA DISTRIBUIDORA LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$321.860,72, 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, 20 de dezembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS