

A. I. Nº -269278.0905/04-1  
AUTUADO -AÉCIO FAGUNDES SOARES ME  
AUTUANTE -SILVIO CHIAROT DE SOUZA  
ORIGEM -IFMT SUL  
INTERNET -17/03/2005

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0066-03/05

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. 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. Infração caracterizada. Não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade da legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 07/09/04, para exigir o ICMS, no valor de R\$24.551,01, acrescido da multa de 60%, pela fiscalização de trânsito de mercadorias, 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”. Consta, ainda, na descrição dos fatos o seguinte: “Apreensão das mercadorias constantes das notas fiscais 54106 e 54105 com imposto recolhido por antecipação conforme GNREs anexas e destaque no documento fiscal em valores evidentemente inferiores ao que efetivamente deveria ser recolhido, ficando sujeito ao pagamento da diferença através de auto de infração com imposto apurado conforme demonstrativo de débito anexo”.

O autuado impugnou o lançamento por meio de advogado (fls. 57 a 67) alegando 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.

Aduz 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”. Argumenta que deve ser aplicada a regra do artigo 8º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar 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”.

Alega 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”.

Conclui 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.

Ressalta 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 alega que, segundo o Convênio ICMS 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”. Salaria 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, requer a produção de todas as provas admitidas em direito e pede a improcedência deste Auto de Infração.

A auditora designada, em sua informação fiscal (fls. 76 a 78), esclarece que o lançamento refere-se à aquisição de medicamentos para comercialização, procedentes de Estado não signatário do Convênio ICMS 76/94, cabendo ao autuado, como adquirente, o recolhimento antecipado do imposto, nos termos da Portaria nº 114/04.

Acrescenta 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 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.

Salaria 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”.

Finaliza 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. Opina pela procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente, destaco que, acorde o artigo 167, inciso I e o artigo 168, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado, no trânsito de mercadorias, em razão do recolhimento a menos do ICMS, por antecipação tributária, referente às mercadorias (produtos farmacêuticos) constantes nas Notas Fiscais nºs 54105 e 54106 e relacionadas na Portaria nº 114/04, tudo conforme o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 269278.0915/04-7 acostado às fls. 4 e 5 dos autos.

Constata-se que as mercadorias foram remetidas pela empresa Laboratório Globo Ltda., situada no Estado de Minas Gerais, unidade da Federação não mais signatária, desde 01/04/01, do Convênio ICMS 76/94, que trata do regime da substituição tributária nas operações interestaduais de produtos farmacêuticos.

Em sendo assim, de acordo com o artigo 371 do RICMS/97, “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...”.

Por outro lado, o pagamento do imposto, acorde a alínea “b” do inciso II do art. 125 do mesmo RICMS/97, deve ser feito 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. Como 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, conclui-se que efetivamente 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 neste lançamento.

O problema, nesta autuação, se resume à forma de apuração da base de cálculo do ICMS, uma vez que o autuado argumentou, em sua peça defensiva, que, como há preço fixado pela autoridade competente para os produtos farmacêuticos constantes das Notas Fiscais aludidas (Portaria nº 37/92, do Ministério da Fazenda e Planejamento), não poderiam ter sido utilizados os preços de venda a consumidor sugeridos pelo fabricante e listados em revistas especializadas, como adotado neste lançamento.

O contribuinte alegou, ainda, que, segundo o Convênio ICMS 76/94, aplicou o percentual de agregação equivalente a 60,07%, e reduziu em 10% esse montante para então encontrar a base de cálculo do ICMS referente às mercadorias objeto desta lide.

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

*Art. 61. .... (omissis)*

*§ 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 e suas alterações posteriores determinam 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, do percentual de (...):*

*(...)*

*§ 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).*

Verifica-se, da análise dos autos, que o autuante utilizou a fórmula prevista no *caput* da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, em relação aos produtos com preços publicados em Revista especializada, aplicou o redutor de 10% determinado no § 4º da mencionada Cláusula segunda, deduziu o valor do imposto destacado nas notas fiscais e, finalmente, apurou um débito superior àquele indicado no documento de arrecadação acostado às fls. 11 a 14 do PAF, conforme o demonstrativo e as tabelas de preços fornecidas pelo fabricante das mercadorias e acostadas aos autos (fls. 7 a 10 e 15 a 50).

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 deverão constar 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 preço 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 tal valor é que deverá ser adotado o preço do remetente das mercadorias adicionado das despesas de frete e seguro e da margem de valor agregado, deduzido o percentual de 10%, conforme adotado pelo sujeito passivo.

Sendo assim, entendo que o valor ora exigido foi calculado de acordo com a legislação vigente e a jurisprudência deste CONSEF. Para ilustrar, trago à colação o voto da ilustre Conselheira Sra. Verbena Matos de Araújo, prolatado no Acórdão CJF nº 0394-11/03:

#### **VOTO**

*Neste Recurso Voluntário o recorrente repete a sua defesa apresentada anteriormente sem acrescentar nenhum novo fundamento, como já observado pelo Parecer PGE/PROFIS.*

*O recorrente deixou de observar as regras para a substituição tributária dos medicamentos adquiridos em outras unidades da Federação, ocasionando, assim, um recolhimento a menos do imposto devido.*

*Ocorre que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é 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, conforme previsto no Convênio ICMS nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA.*

*Nesta autuação, como já afirmado pelo relator de 1ª Instância, cumpriu-se o disposto na Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, haja vista que foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelos estabelecimentos industriais, constantes das tabelas de preços publicadas em revistas especializadas.*

*Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela representante da PGE/PROFIS e Nego Provimto ao Recurso Voluntário, 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 nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA.*

Finalmente, relativamente à Lei nº 14.062/01, editada pelo Estado de Minas Gerais e transcrita pelo contribuinte, é óbvio que não tem aplicação no território baiano.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269278.0905/04-1**, lavrado contra **AÉCIO FAGUNDES SOARES ME**, devendo ser intimado o autuado 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR