

PROCESSO - A. I. Nº 088989.0712/05-3
RECORRENTE - COSTA PORTO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (ÉTICA MEDICAL CENTER)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0413-03/05
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 09/03/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0044-11/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO A EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. É devida a antecipação do ICMS nas entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nas aquisições interestaduais para comercialização, por estabelecimento não credenciado, considerando-se que é correta a utilização dos preços máximos de venda a consumidor, constantes nas listas publicadas por revistas de entidades farmacêuticas, que estão à disposição dos consumidores e da fiscalização para as necessárias conferências. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Recurso Voluntário apresentado por advogado preposto do recorrente, se insurge contra Decisão da 3ª JJF, referente ao Auto de Infração lavrado em 13/07/2005, o qual exige R\$2.140,38 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto 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.

A impugnação apresentada (fls. 14 a 24), alega que o fisco tomou por base para o cálculo do imposto, preços dos medicamentos constantes da lista sugerida pelo fabricante, e entendem que a lei não autoriza o uso dessas listas. Rebate a informação do autuante, de ser contribuinte descredenciado, pela existência de débitos inscritos em dívida ativa, dado ter sido o imposto pago na primeira repartição, conforme DAE apenso. Afirma o defendente, não conhecer a fundamentação da forma como foi lançado o presente Auto de Infração, especialmente em relação aos preços sugeridos através das tabelas. Entende haver ilegalidade, em outras questões mais quanto à legislação, e cita que o art. 61, I, do RICMS/97, determinando que a base de cálculo por substituição seja aquela sugerida pelo fabricante. Cita também que o mencionado dispositivo legal poderia suscitar várias questões, mas a mais sensata é aquela trazida na Lei Complementar 87/96, cuja hierarquia é superior ao próprio Regulamento. Menciona ainda a Lei nº 7.014/96, afirmando sua clareza “*ao determinar que, havendo preço fixado por autoridade competente, este será utilizado como base de cálculo para fins de substituição tributária por antecipação*”.

O recorrente aduz que o RICMS/BA recepcionou o Convênio 76/94, e em decorrência nas notas fiscais objeto da autuação, os cálculos foram procedidos dentro da legalidade, isto é, foi agregada a MVA, de 60,07%, com a redução da base de cálculo, de 10%, e utilizada a alíquota de 17%, e, deduzido o crédito, chegou-se ao montante do imposto recolhido, no valor de R\$595,47, e finaliza pedindo a improcedência do citado Auto de Infração.

Vindos aos autos, os i.membros da 3ª JJF mencionam que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em decorrência de recolhimento do imposto por antecipação tributária efetuado

a menos, sobre medicamentos elencados no Anexo Único da Portaria nº 114/04, adquiridos por contribuinte descredenciado, através da Nota Fiscal nº 021334.

Esclarecem que o remetente, Medquímica Indústria Farmacêutica Ltda., do Estado de Minas Gerais, não é signatário do Convênio 76/94, e nesta situação o adquirente deve recolher o imposto relativo às suas próprias operações e às subseqüentes, consoante o art. 371, do RICMS/97.

Transcrevem a Portaria nº 114/2004, a saber:

“Art. 1º Nas entradas interestaduais de mercadorias sujeitas a antecipação tributária, a que se refere o § 7º, do art. 125, do RICMS estarão credenciados a efetuarem o recolhimento do imposto antecipado até o dia 25 do mês subseqüente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento os contribuintes regularmente inscritos no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - possuir estabelecimento em atividade há mais de seis meses;

II - não possuir débitos inscritos em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - estar adimplente com o recolhimento do imposto devido por antecipação tributária.

Art. 2º Tratando-se de operações com as mercadorias relacionadas no Anexo Único desta portaria, o credenciamento para recolhimento até o dia 25 do mês subseqüente dependerá, também, de prévia autorização do Inspetor Fazendário da circunscrição fiscal do contribuinte.”

Efetivamente, continuam, o autuado deveria efetuar o pagamento do imposto por antecipação na primeira repartição fazendária do percurso no território deste Estado, obrigação não contestada. Contesta, apenas, a forma de apuração da base de cálculo do imposto exigido, tendo manifesto entendimento de que não poderiam ser utilizados os preços constantes das tabelas publicadas nas revistas especializadas, sugeridos pelos fabricantes.

Realçam que o defendente comentou sobre a legislação pertinente, e informou que os cálculos por ele efetuados estão dentro da legalidade, isto é, foi agregada MVA, de 60,07%, com a redução da base de cálculo, de 10%, e utilizada a alíquota de 17%: deduzido o crédito, chegou-se ao montante do imposto recolhido, no valor de R\$595,47.

Os ilustres julgadores, transcrevem o RICMS/97, inciso I, do § 2º, do art. 61, o qual estabelece:

“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 nº 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS nº 04/95, 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%;”

E também, o Convênio ICMS 76/94, que determina:

“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:

§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)."

Ficou esclarecido, por agente estranho ao feito, aduzem os ilustres julgadores, a utilização do PMC constante da nota fiscal objeto da autuação, à fl. 7, de acordo com o demonstrativo à fl. 9, efetivamente foi aplicado o redutor de 10%, conforme determina o § 4º da Cláusula Segunda do supracitado Convênio 76/94.

Finalizam seu comento, dizendo os ilustres julgadores ter prevalecido neste CONSEF, de forma reiterada, o entendimento de ser correta a utilização dos preços máximos de venda a consumidor, constantes nas listas publicadas por revistas de entidades farmacêuticas, que estão à disposição dos consumidores para as necessárias conferências, e alternativamente, somente inexistindo tais listas de preços é que se deveria adotar o preço do remetente das mercadorias adicionando as despesas e margem de valor agregado, como pretendeu o autuado. E a 3ª JF expressa o entendimento de que o valor apurado pelo autuante está de acordo com a legislação em vigor, conforme transcrito neste voto, e, dado que o autuado não preenchia todos requisitos estabelecidos na Portaria nº 114/2004, portanto descredenciado, resta caracterizado que houve pagamento do imposto a menos, por isso, é subsistente o débito na forma como foi apurado no presente lançamento, tendo sido deduzido do total lançado o valor de R\$595,47 já recolhido.

Votam pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão recorrida, volta à carga o advogado preposto do recorrente, novamente acusando por interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o que levou à ilegalidade quanto à utilização da base de cálculo, por substituição no setor de medicamentos, através informações de revistas farmacêuticas.

E todo seu extenso arrazoadado gira em torno de citações de textos legais e entendimento de que a base de cálculo para fins de substituição tributária, não pode ser aquela sugerida pelo fabricante, mas sim o fixado pela autoridade oficial, donde conclui que o Auto de Infração embora estribado no RICMS, fere frontalmente a Lei. E que a 3ª JF não apreciou essas razões arroladas, simplesmente as ignorou decidindo que a base de cálculo para medicamentos pode ser fixada mediante utilização de revistas farmacêuticas.

Comenta, ainda, que, em assim sendo, o fisco para cobrar o ICMS por substituição, teria de provar que o preço tomado por base de cálculo do lançamento do imposto, seria realmente o praticado na aquisição do consumidor, e como nos autos não existe essa prova, entende patente o irregular lançamento, dado que contraria o disposto no § 3º art. 23 da Lei nº 7014/96.

Requer o acolhimento das teses da defesa apresentada, com manifestação sobre as mesmas, para decretar a Improcedência do Auto de Infração.

O Parecer da PGE/PROFIS laborado pela douta procuradora Dra. Manuela Tapioca de Rezende Maia, enfrenta o Recurso Voluntário apresentado, dizendo da ausência de novos elementos capazes a ensejar modificações na Decisão de 1ª Instância.

E que descredenciado, o recorrente não contestou essa condição, até quitando o tributo no momento do ingresso de suas mercadorias no Estado.

Apenas e tão-somente, diz a douta procuradora, o recorrente contesta ou discute, a base de cálculo adotada na apuração do imposto. E que a razão está com o agente autuante da SEFAZ, porquanto aplicou adequadamente os mandamentos do inciso I, § 2º, art. 61 do RICMS, e do Convênio 76/94 (caput da cláusula segunda) que fixou como base de cálculo para cobrança do ICMS, para fins de substituição tributária, o valor da tabela, sugerido pelo órgão competente para a venda a consumidor final, e na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda ao público, sugerido pelo estabelecimento industrial.

Destaca a observação de que o agente utilizou os preços máximos ao consumidor sugeridos pelo fabricante e contidos na nota fiscal, juntada à fl. 07, com a redução de 10% conforme § 4º Cláusula 2ª do Convênio 76/94, cuja demonstração é comprovada à fl. 09 do PAF. E que por existirem esses preços, é que não se adotou o preço do remetente das mercadorias, adicionado das despesas e da margem de valor adicionado (MVA).

Opina pelo reconhecimento de que a infração está caracterizada, sendo devido o valor apurado pelo autuante.

Comenta ao final de seu Parecer a Dra. procuradora, que a SEFAZ/BA reconhece a publicação da tabela de preços de medicamentos, elaborada em revistas de associações de fabricantes, sendo as mesmas largamente empregadas e acatadas quase pacificamente pelo CONSEF, com fundamentação no § 2º, art. 23 da Lei nº 7014/96.

Aduz que o Supremo Tribunal Federal em recente Decisão entendeu que é legal a utilização da tabela divulgada em publicações do gênero.

Emite Parecer de que não deva ser dado Provimento ao presente Recurso Voluntário, e mantida integralmente a Decisão de Primeira Instância administrativa.

VOTO

A Decisão recorrida, elaborada detalhadamente acerca das circunstâncias que envolvem o presente PAF, representou adequadamente o ocorrido. Tratou-se de mercadorias, produtos farmacêuticos vindos de Estado não integrante do Convênio 57/94, sujeitos à substituição tributária, e que em virtude do contribuinte estar descredenciado junto à SEFAZ/BA, por não fruir ou atender a todos os requisitos constantes da Portaria nº 114/2004, art. 1º, o referido imposto incidente na substituição desses produtos em transporte, teve de ser quitado quando do ingresso na primeira repartição fazendária em nosso Estado. E o foi, no valor de R\$595,47, (já compensado no lançamento da autuação). Entretanto, o autuado entende e se insurge contra o Auto de Infração, no que diz respeito à formação da base de cálculo.

Referido demonstrativo à fl. 9 transcreve o Demonstrativo de Débitos analíticos, relativos à Nota Fiscal nº 21334, de conformidade com às determinações do Convênio ICMS 76/94, computando nesse Quadro as quantidades expressas na referida nota fiscal, multiplicadas pelos PMC (constantes na própria nota fiscal), menos as reduções previstas pelo citado Convênio, menos o ICMS recolhido conforme DAE, e abatido, ainda, o ICMS destacado na mencionada nota fiscal, perfazendo ao final o total de R\$2.140,39, que é o valor lançado pelo autuante.

De forma que as razões e legislações citadas à farta no presente Recurso, não deixam margem a dúvidas quanto a correta aplicação, pelo agente autuador, do Auto de Infração em comento.

O meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo-se inalterado a Decisão recorrida.

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 **088989.0712/05-3**, lavrado contra **COSTA PORTO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (ÉTICA MEDICAL CENTER)**, devendo ser intimado recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.140,38**, 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, 14 de fevereiro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS