

PROCESSO - A. I. Nº 019043.1202/05-4
RECORRENTE - COSTA PORTO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (ÉTICA MEDICAL CENTER)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0095-03/06
ORIGEM - IFMT – DAT/ SUL
INTERNET - 14/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0289-12/06

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 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário inconformado com a Decisão da 3ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide o contribuinte através de advogado legalmente habilitado ingressa com o presente Recurso Voluntário cujo relatório passo a fazê-lo.

O lançamento de ofício realizado, lavrado em 05/12/2005, refere-se à exigência de R\$2.917,28 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre medicamentos, (Anexo 88), adquiridas para comercialização, de outra unidade da federação, por contribuinte sem credenciamento, conforme Notas Fiscais de números 100.908 e 100.909.

Concluiu o Sr. relator da JF que *“as mercadorias foram remetidas pela Hexal do Brasil Ltda., do Estado do Paraná, que não é signatário do Convênio nº 76/94, e por isso, o adquirente deve recolher o imposto relativo às suas próprias operações e às subseqüentes, consoante o art. 371, do RICMS/97.”*

Salienta e transcreve o art. 1º e 2º da Portaria nº 114/2004. Como o autuado não comprovou que estava credenciado, nos termos da mencionada Portaria, para recolhimento do imposto até o dia 25 do mês subseqüente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, constata-se que, efetivamente, deveria efetuar o pagamento do imposto por antecipação na primeira repartição fazendária do percurso no território deste Estado, obrigação não contestada pelo defendente.

Cita e transcreve o inciso I, § 2º, do art. 61 e a Cláusula segunda e seus §§ 1º e 4º do Convênio ICMS 76/94.

Afirma que confrontando as notas fiscais objeto da autuação (fls. 09 e 10) com o demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 15), constatou que foi utilizado o PMC constante nos documentos

fiscais, tendo sido aplicado o redutor de 10%, conforme determina o § 4º da Cláusula Segunda do mencionado Convênio ICMS 76/94.

Ressalta, que tem prevalecido, de forma reiterada, neste órgão julgador, o entendimento de 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, e, somente inexistindo tais preços é que se deveria adotar o preço do remetente das mercadorias adicionando as despesas e margem de valor agregado, como pretendeu o autuado.

Quanto à alegação do autuado de que o Decreto nº 9.651/05, alterou o Decreto nº 7.799/00, que produziu efeitos a partir de 01/01/2006, com base de cálculo de 21% sobre o valor de aquisição ou 3,9% sobre o preço máximo sugerido pelo estabelecimento industrial entendeu que no caso em exame, se trata de redução de carga tributária sobre medicamentos, e se o contribuinte se interessa pelos preços estabelecidos no novo Decreto, que se habilite, fazendo a necessária opção. Salientou que as notas fiscais objeto da autuação foram emitidas em 23/11/05, inexistindo possibilidade de se conceder o benefício com efeito retroativo.

Conclui firmando entendimento que *“o valor apurado no pelo autuante está de acordo com a legislação em vigor, conforme transcrito neste voto, e, tendo em vista que o autuado não preenchia os requisitos estabelecidos na Portaria nº 114/2004, por falta de credenciamento, fica 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 apurado o valor já recolhido”*.

Vota pela Procedência total do lançamento.

Como afirmamos no início deste relatório o inconformismo do contribuinte o levou a apresentar as seguintes razões recursais:

Volta a mencionar a Lei Federal nº 8.884/94, também chamada de Lei antitruste, transcrevendo mais uma vez o seu art. 21 argumentando que *“sobressai então a ilegalidade da norma regulamentar do ICMS”*. Renova o comentário sobre o art. 61, do RICMS/97, e o conseqüente entendimento de que o RICMS não determina que a base de cálculo por substituição seja a sugerida pelo fabricante, como sendo o preço de consumidor final. Reafirma o que já tinha colocado quando da impugnação de que a norma fala em preço sugerido pelo fabricante ou preço fixado por autoridade competente, e esse dispositivo regulamentar poderia suscitar várias questões relativas à sua interpretação. Outra vez transcreve o art. 8º, §§ 2º e 3º, da LC Nº 87/96, além do art. 23, §§ 2º e 3º, da Lei nº 7.014/96 e aduz que a mencionada Lei ordinária é de hierarquia superior ao RICMS, e *“é clara ao determinar que, havendo preço fixado por autoridade competente, este será utilizado como base de cálculo para fins de substituição tributária por antecipação.”* Reafirma que *“há preço fixado por órgão público, qual seja, a Portaria nº 37, de 11/05/92”*. Cita e transcreve o art. 99 do CTN sobre o conteúdo dos decretos. Afirma que a JJF não apreciou essas razões. E conclui: *“para cobrar o ICMS por substituição o fisco teria que provar que o preço utilizado para o lançamento do imposto é o realmente praticado na aquisição do consumidor. Contudo, nos autos, não existe essa prova, o que fica patente o irregular lançamento fiscal, pois contrário ao que dispõe o §3º do artigo 23 da Lei nº 7.014/96”*. Pede a Improcedência do Auto d Infração.

Após breve histórico do até aqui ocorrido a Sra. procuradora, em sue Parecer opinativo, preliminarmente afirma: *“no que toca a questão à violação da Lei Antitruste, é absolutamente descabida a argumentação do recorrente, em vista da atribuição precípua desta lei que em nada encaixa com a lide administrativa ora em debate, posto que sua finalidade reside na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso econômico, estando a coletividade como titular de bens*

jurídicos protegidos pela mesma”. Manifesta-se no sentido de que a Decisão da 1ª Instância quanto ao uso da base de cálculo do imposto foi correta. Transcreve a Cláusula 2ª do Convênio nº 76/94 e o art. 61 do RICMS/97. Esclarece que a Portaria Interministerial nº 37/92 restou por elevar as listas fornecidas pelas indústrias à categoria de preço sugerido pelo órgão competente já que essa norma impositiva estabelece a forma de proceder ao cálculo para chegar-se a tais preços. Esta norma, entretanto, foi revogada pela Resolução nº 01/02 da Câmara de Medicamentos e *“desta forma, a partir de então, não há mais que se falar em preço sugerido pelo órgão competente, pelo que deve ser aplicada a outra alternativa prevista em lei, qual seja o preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial, constante das listas publicadas por revistas de entidades farmacêuticas”*. Salienta que, como o fez a Decisão recorrida, *“as referidas listas encontram-se a disposição dos consumidores para a devida conferência e somente na hipótese de inexistência de preços sugeridos pelos industriais, deveria ser utilizado o preço adotado pelo remetente das mercadorias com adição de despesas e margem de valor agregado”*. Considera correta a aplicação do PMC. Comenta ainda que *“não se pode olvidar que uma simples portaria não poderia definir base de cálculo de imposto, como pretende o recorrente, o que representaria uma afronta direto”* ao sistema jurídico atual.. Conclui que a base de cálculo foi corretamente aplicada, posto que prevista na legislação concernente à hipótese e frisa que *“os preços sugeridos pelo estabelecimento industrial se encontram nas notas fiscais acostadas aos autos, o que comprova a regularidade do procedimento fiscal”*. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

As razões de Recurso Voluntário apresentadas focam alguns temas que foram devidamente analisados pela Sra. procuradora em seu Parecer e que devem ser aqui ratificados. Lembro que o lançamento diz ao cometimento da infração *“falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre medicamentos, (Anexo 88), adquiridas para comercialização, de outra unidade da federação, por contribuinte sem credenciamento, conforme Notas Fiscais de números 100.908 e 100.909.”*

Inicialmente o Sr. Advogado do contribuinte refere-se a lei Antiruste. Não tive condições de concatenar a idéia do ilustre causídico com o presente PAF. Não há de forma alguma relação da tal lei com o que esta sendo discutido no presente processo. A mencionada norma diz respeito, como bem colocou a Sra. procuradora *“a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso econômico, estando a coletividade como titular de bens jurídicos protegidos pela mesma”*. Nada que ver, portanto, com a infração descrita muito menos com a suposta *“ilegalidade da norma regulamentar do ICMS”*. *A afirmação de que não concorda com a interpretação dada ao art. 61, Inc. I do RICMS pela JJF em nada a modifica*”. A Portaria Interministerial nº 37/92 foi revogada pela Resolução 01/02 da Câmara de Medicamentos e desta forma como foi posto no mencionado Parecer *“não há mais que se falar em preço sugerido pelo órgão competente, pelo que deve ser aplicada a outra alternativa prevista em lei, qual seja o preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial, constante das listas publicadas por revistas de entidades farmacêuticas”*. Ora, as referidas listas encontram-se à disposição dos consumidores não havendo necessidade da utilização de outros métodos. Correta portanto a aplicação da base cálculo no lançamento efetuado. Ratifico também o comentário feito pela Sra. procuradora no sentido de que uma simples portaria não pode definir a base de cálculo de um imposto. Entendo que a base de cálculo foi corretamente aplicada e, portanto, dentro da legislação em vigor, comprovando deste modo a regularidade do lançamento.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 019043.1202/05-4, 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\$2.917,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villa-Nova, Helcônio de Souza Almeida e Nelson Antonio Daiha Filho.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS