

**PROCESSO** - A. I. Nº 298924.0212/06-1  
**RECORRENTE** - VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (VITÓRIA)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0204-05/06  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 19/12/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0504-12/06

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Em relação à mercadorias objeto desta autuação, não há convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente. A legislação tributária manda que se cobre o tributo por antecipação no posto de fronteira pelo fato do contribuinte destinatário não possuir regime especial para pagamento de imposto em momento posterior. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela referida 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração reclama ICMS no valor de R\$11.557,52, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 (medicamentos).

O autuado apresentou defesa, informando que, apesar de ter solicitado o credenciamento para fins de tratamento tributário diferenciado, nos termos do art. 3º-A do Decreto de nº 7.799/2000, e tê-lo reiterado por mais duas vezes, o fisco visando obter o pagamento de Auto de Infração de nº 294635.1201/04-8, lavrado contra a empresa em tela, e ainda em discussão administrativa, condiciona a concessão do pleito ao pagamento desse, e por essa razão o seu pedido não foi deferido. Entendeu como indevida essa exigência e pugnou pela anulação do Auto de Infração em comento ou, vencida essa, pela tributação a 5% pelo preço máximo de venda, como faria jus se fosse a ele concedido o referido benefício. Afirmou que parte do imposto exigido fora recolhido pela indústria, apresentando cópias de GNRE como prova do alegado (fls 34/35).

Às fls 38, o autuado requereu junto à Repartição Fazendária de sua circunscrição, a liberação das mercadorias apreendidas, tendo sido o pleito atendido (fls 40).

Servidor diligente, em informação fiscal, explicou que o benefício referido pelo autuado não poderia ao mesmo ser concedido por força do art 902, §4º, do RIMCS-BA/97, que veda a concessão do citado benefício quando o solicitante encontrar-se em débito para com a Fazenda Pública, como era a situação do autuado. Entendeu que o autuado não se insurgiu contra a acusação. Concluiu pela procedência.

Através do Acórdão JJF nº 0204-05/06, decidiu a 5ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência da autuação, sob o entendimento de que:

- a) da análise dos documentos acostados aos autos pelo autuado, não há como relacioná-los com as notas fiscais autuadas, visto que as informações contidas nos aludidos documentos não

coincidem com a numeração das notas fiscais autuadas ou dos valores ali consignados, razão pela qual foi rejeitada, como contra-prova à acusação, as cópias de GNRE apresentadas;

- b) no que se refere à solicitação da tributação de 5% pelo preço máximo de venda das mercadorias autuadas, como faria jus se fosse ao autuado concedido o pleiteado benefício, asseverou que “*De acordo com a norma posta - art 902, §4º do RIMCS-BA/97, não se pode conceder o referido benefício quando o solicitante encontrar-se em débito para com a Fazenda Pública*”, tendo restado provado que essa era a situação do contribuinte, carecendo o pedido, à época da autuação, de sustentação legal.

Inconformado com a Decisão de primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual argumenta que a Decisão proferida é *citra petita*, estando, pois, inquinada de nulidade, posto que não foram examinadas todas as questões propostas pelas partes, debatidas no processo e não apreciadas pelo julgador. Aduz que alegou a impertinência da autuação, calcada em quatro graves erros cometidos pelo Fisco, os quais implicariam em total nulidade do lançamento, quais sejam:

- a) a utilização irregular de pauta fiscal;
- b) a inobservância dos descontos incondicionais ou comerciais que são concedidos pelas indústrias;
- c) a não observação de que o valor do ICMS a recolher para o Estado está afixado pelo valor da fatura da nota fiscal e não pelo valor designado em cadernos de preços, a contar que este é apenas sugestivo ao preço final ao consumidor, e que a maioria dos proprietários de farmácia ainda concedem descontos de até cinquenta por cento ao seu cliente;
- d) a inobservância do sistema de comercialização de produtos de referência no Brasil (similares B-ó), sabendo-se que o produto similar é negociado pela indústria farmacêutica com seus distribuidores com o desconto de 50% sobre o preço de fábrica sugerido pelo caderno da ABCFARMA, e mais descontos, sendo que tais descontos são repassados proporcionalmente às farmácias, o que pode ser comprovado em notas faturadas pela empresa, se necessário.

Invoca o princípio da legalidade, erigido no art. 97, do CTN, para afirmar que somente a lei poderá tratar de instituição, majoração, redução e extinção de tributos, definição do fato gerador da obrigação principal e seu sujeito passivo, fixação de alíquota e base de cálculo, cominação, dispensa ou redução de penalidades e, ainda, hipóteses de suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário. Entende que não pode o Estado da Bahia, por simples Portaria, Resolução ou mesmo Decreto, fixar o valor previsto na Revista ABCFARMA como base em pauta de valor fiscal, principalmente quando se propões a aplicar a pauta fiscal sob o preço de fábrica e não no preço final ao Consumidor. Invoca e transcreve o art. 8.º, §§ 2.º e 3.º, da Lei Complementar n.º 87/96, para asseverar que o mesmo não autoriza a cobrança da base de cálculo na forma que vem sendo executada pela SEFAZ/BA. Ressalta que o preço final ao consumidor que é apenas uma sugestão do fabricante ou importador, não tem compulsoriedade na serventia para estabelecer a base de cálculo do imposto ICMS, mas tão-somente uma faculdade. Reafirma que inexistente no ordenamento jurídico a lei que fixe essa base de cálculo de acordo com a “sugestão” do fabricante, não podendo a Portaria Interministerial MF n.º 37/92 “*fazer as vezes*” desta lei. Salienta que o Superior Tribunal de Justiça, através de decisões reiteradas, repele as pautas de valores ou tarifárias arbitrariamente adotadas, não admitindo a cobrança do ICMS com base no valor da mercadoria apurada em pauta fiscal.

Argumenta que os descontos incondicionais ou comerciais representam parcelas redutoras dos preços de compra e venda, constantes da nota fiscal e não dependentes de evento posterior à emissão desses documentos, afetando a base de cálculo dos tributos, passando esta a ser o valor bruto da nota fiscal deduzido do desconto. Acrescenta que tais descontos são concedidos no ato da operação, quando fica estabelecido o seu valor e são fixados por motivos diversos, tais como quantidade comprada ou vendida, cliente especial, catálogo com preços aumentados. Transcreve lição de Sérgio de Iudícibus e José Carlos Marion, a respeito da matéria. Aduz que no ramo

farmacêutico se trata de fato corriqueiro, uma vez que existem medicamentos com preço similar, superior ou inferior aos apontados e sugeridos nessas revistas, ou ainda os chamados “*medicamentos bonificados*”. Insiste que no caso vertente deve ser aplicado, como base de cálculo, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subseqüentes, conforme determina o art. 61, II, do RICMS, do Estado da Bahia, cujo teor transcreve. Afirma que por questão mercadológica não utiliza o preço sugerido pela Revista da ABCFARMA. Transcreve jurisprudência destacando que os descontos comerciais devem ser retirados da base de cálculo do imposto de modo a garantir uma exação coerente com a lei.

Inicialmente, requer a nulidade da Decisão recorrida, e, alternativamente, com espeque no Decreto n.º 7.799/2000, pugna pelo recálculo do suposto tributo devido, sob o tratamento dado pelo artigo 3.º-A, do aludido decreto

A ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico do presente processo administrativo-fiscal, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, entendendo que “*a alegação de nulidade da Decisão recorrida por falta de apreciação dos argumentos de defesa não merece guarida*”, posto que “*O autuado apresentou defesa administrativa de fls. 19/21 alegando tão somente que fazia jus a redução da base de cálculo prevista no art. 3º, A, do Decreto 7799/00, pois já havia requerido credenciamento junto a SEFAZ*”, tendo a Decisão recorrida apreciado de forma fundamentada a alegação do contribuinte, ao concluir pelo acerto da ação fiscal. Assim, prossegue, todos os argumentos que o recorrente afirma ter trazido em sede de defesa em verdade não fizeram parte de sua impugnação, pelo que não poderiam ter sido apreciados pela Decisão recorrida.

Quanto ao pedido alternativo, no sentido de caber a redução da base de cálculo nos termos do art. 3.º, A, do Decreto n.º 7799/00, assevera que “*Como foi esclarecido na autuação e pela Decisão recorrida, o contribuinte não estava à época credenciado junto ao Fisco para usufruir da redução base de calculo trazida pelo Dec 7799/00*”.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Inicialmente, há que ser enfrentada a preliminar de nulidade do julgamento realizado em primeira instância, face à omissão do Acórdão no que concerne à apreciação da argumentação suscitada pelo sujeito passivo em sua peça defensiva.

Não há como prosperar a tese recursal. Isso porque, em sua peça impugnatória, apresentada em primeira instância, limitou-se o recorrente a alegar que fazia jus à redução da base de cálculo, insculpida no art. 3º, A, do Decreto nº 7799/00, em virtude de já haver requerido o seu credenciamento junto à SEFAZ.

Ora, no que tange ao pleito defensivo acima aludido, a decisão recorrida o enfrentou de forma fundamentada, concluindo, inclusive, pelo acerto da ação fiscal.

Fato é que os argumentos invocados, como tendo sido omissos de apreciação na decisão recorrida, em verdade somente foram objeto de arguição em sede de segunda instância, na peça recursal, razão pela qual, por óbvio, jamais poderiam ter sido enfrentados pelo *a quo*.

Rejeito, assim, a preliminar de nulidade da decisão suscitada pelo recorrente.

No mérito, a Decisão recorrida aplicou corretamente a legislação que trata da utilização do preço sugerido pelo fabricante para fins de apuração da base de cálculo do imposto a ser recolhido, bem como seguiu a jurisprudência administrativa deste órgão julgador quanto à referida matéria. Este CONSEF, através de reiteradas decisões, a exemplo do Acórdão CJF nº 0376-11/04, tem entendido 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 76/96, cuja norma foi recepcionada pelo art. 61, § 2º, I, do RICMS/97;

Ingressando na seara de análise do pleito alternativo formulado pelo recorrente no sentido de que seja reduzida a base de cálculo na forma prescrita no art. 3º, A, do Decreto n.º 7799/00, de igual sorte, entendemos que não merece guarida o pleito recursal. Senão, vejamos.

Aplica-se ao caso vertente o quanto albergado no art. 902, §4º do RIMCS-BA/97, não sendo possível ser deferido ao recorrente o quanto por ele colimado “*quando o solicitante encontrar-se em débito para com a Fazenda Pública*”. *Permissa venia*, essa era a situação do contribuinte à época da autuação, pelo que contrária à lei se apresentava a sua pretensão.

*Ex positis*, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS como se o mesmo estivesse aqui literalmente transcrito, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, a fim de que seja mantida a Decisão recorrida em todos os seus termos.

## 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 **298924.0212/06-1**, lavrado contra **VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (VITÓRIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.557,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villanova José Hilton de Souza Cruz e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS