

A. I. Nº - 007267.0122/06-5
AUTUADO - COSTA PORTO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO ALBERTO MORAES NETO
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 25/05/06

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0159-05/06

EMENTA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A discussão resume-se unicamente à determinação da base de cálculo aplicável. O preço sugerido pelo fabricante consta discriminado na própria nota fiscal o qual foi considerado pela fiscalização para fixação do valor da base de cálculo. Infração confirmada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/1/2006, exige imposto no valor de R\$9.501,42, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, sobre mercadorias (medicamentos) adquiridas em outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado.

O autuado (fls. 12/24) apresentou defesa, por advogado legalmente habilitado, afirmando que, após análise criteriosa do Auto de Infração, percebeu que o fisco tomou por base para o lançamento fiscal a tabela de preços dos medicamentos constantes de listas de preços sugeridos na internet, como o HiDoctor Net ou similar. Em sendo assim, absurdo era o procedimento que primeiro usa de uma lista de preço de produtos sem autorização legal e em seguida, utiliza-se de argumento de que a empresa autuada encontrava-se descredenciada tendo em vista ter ela débitos tributários inscritos na Dívida Ativa do Estado. Acusou este último procedimento de abuso de autoridade, pois diferenciava concorrentes do mesmo ramo do comércio atacadista de medicamentos. Nesta situação, fechava seu espaço perante seus concorrentes a não ser que quitasse com à Fazenda Pública Estadual tributo com natureza ilegal e idêntica a ora discutida, pois partia de uma base de cálculo sem provas da ocorrência do fato gerador.

Disse não conhecer a fundamentação da forma como foi lançado no auto, especialmente os preços sugeridos através das tabelas usadas pelo fisco, pois ia de encontro com as determinações da Lei Federal nº 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica (Lei Antitruste), e estabelece no seu art. 21 quais as condutas ferem esta ordem. Ressaltou que a norma regulamentar encontra-se eivada de ilegalidade, não podendo, por consequência, ser utilizada para fins de apuração do tributo.

Transcrevendo as determinações do art. 61, I, do RICMS/97, argumentou que além do já exposto, existiam outras questões específicas da legislação do ICMS. Ou seja, alicerçado no citado artigo regulamentar afirmou que o RICMS não determina que a base de cálculo por substituição seja aquela sugerida pelo fabricante, como sendo o preço de consumidor final. A norma, continuou, fala em preço sugerido pelo fabricante ou preço fixado por autoridade competente. Entendeu que pelo fato do vocábulo “ou” suscitar várias questões de interpretação, a mais sensata é a determinada pela lei formal, cuja hierarquia, inclusive, é superior ao próprio ao Regulamento.

Transcrevendo o que prevê o art. 8º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar nº 87/96, bem como os §§ 2º e 3º do art. 23, da Lei Estadual nº 7.014/96, ressaltou que o ordenamento jurídico não se esgota com o RICMS, a Lei Complementar nº e a Lei nº 7.014/96, uma vez que a matéria discutida deve ser interpretada em seu conjunto, isto é, sistematicamente.

Continuando com seu raciocínio, afirmou que embora o RICMS faculte a utilização da base de cálculo pelo preço sugerido por fabricante ou aquele fixado por autoridade pública, a Lei nº 7.014/96 é clara ao determinar que, havendo preço fixado por autoridade competente, este será o aplicado como base de cálculo para fins de substituição tributária. Sendo mesmo categórico o seu § 3º ao estabelecer que o preço sugerido pelo fabricante só deva ser 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. E este preço existe e está determinado na Portaria nº 37, de 11/5/1992, publicada no Diário Oficial da União de 12/5/1992, do Ministério da Fazenda de Planejamento, que transcreveu. Desta forma, o art. 61, do RICMS/97 deve ser interpretado nos termos da Lei que alicerçou a sua criação, em obediência ao disposto no art. 99, do CTN (transcrito). E, isto sem contar que em qualquer momento ficou provado que os preços constantes de venda a consumidor final foram os realmente sugeridos pelo fabricante, o que não eram. Concluiu que o Auto de Infração, em que pese estribar-se no Regulamento do ICMS feria a Lei, de modo que, caso o CONSEF não acolhesse a tese da improcedência da infração por desobediência à sugestão oficial, não poderia acolher o procedimento fiscal, pois sem fundamento legal. Com informação, afirmou que alguns estados têm corrigido a ilegalidade do lançamento fundamentado em base de cálculo com base no preço máximo de venda ao consumidor publicado por revistas especializadas, a exemplo do Estado de Minas Gerais que corrigiu esta distorção editando a lei 14.062/2001 - SEF/MG, também transcrita.

Observando as disposições do art. 2º, do RICMS/97, sobre a recepção das normas, ajustes e protocolos firmados entre o Estado da Bahia e as demais unidades da Federação, informou que, ao contrário do que entendeu o autuante, o imposto havia sido recolhido dentro das normas legais e através de GNRE, qual seja: ao valor da nota fiscal e custo de frete foi agregado o percentual de 60,07%, menos 10%, chegando a base de cálculo do imposto e, deste montante, foi aplicada a alíquota de 17% e abatido o crédito constante dos documentos fiscais. Informou que este procedimento foi realizado através do site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Transcrevendo o art. 5º, do Decreto nº 9.651, afirmou, mais uma vez, estar claro o abuso na cobrança do ICMS, conforme cálculos que apresentou e totalmente ilegal o imposto cobrado no Auto de Infração, pois exige imposto com diferentes cálculos com o intuito de cobrá-lo além do devido.

Ante o exposto, requereu o acolhimento das teses de defesa expostas, com precisa manifestação sobre cada uma delas, para julgar improcedente o Auto de Infração atacado.

Requer a produção de todas as provas admitidas em direito objetivando a busca da verdade real.

Auditor fiscal chamado para contra argumentar as razões de defesa (fls. 30/32), transcreveu a infração imputada ao sujeito passivo tributário, bem como seus argumentos.

Em seguida, observou que o art. 5º, do Decreto nº 9.651/05 alterou o Decreto nº 7.799/00, diminuindo a carga tributária sobre medicamentos destinados a atacadistas que firmaram Termo de Acordo. A tributação é simplificada, aplicando-se sobre o valor da operação mais os encargos o percentual de 21%, desde que este valor não seja inferior a 3,9% do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Em seguida observou que caos existe interesse do contribuinte em usufruir da tributação prevista no Decreto nº 7.799/00, que se habilitasse ao mesmo firmando termo de acordo, porém sabendo que os 3,90% ali mencionado é

um limite mínimo e que a lei não se aplica a fato pretérito.

Indicou que a linha de argumento da defesa é de inconformismo com a base de cálculo utilizada para apuração do imposto sobre medicamentos, ou seja, se opõe à utilização do preço sugerido pelo fabricante. Por isso considera ilegal o artigo 61, I, do Decreto nº 6.284/96, que prevê exatamente esta base de cálculo, já que contrariava o art. 8º, da Lei Complementar 87/96, que indica primeiramente o preço fixado por órgão competente e, caso este preço não exista, o sugerido pelo fabricante.

Continuando, afirmou que a defesa, no seu raciocínio sistêmico para concluir que o regulamento do ICMS é ilegal, se estribou em uma antiga Portaria do Ministério da Fazenda da era Collor que fixava o preço máximo de venda a consumidor como o quociente entre o preço praticado pelo laboratório e o índice 0,70, esquecendo que a idéia embutida no instituto da substituição tributária é que a tributação se dê sobre o preço praticado na venda á consumidor final. Além do mais, não atentou para a nova realidade econômica vigente no país - a formação dos preços se dá através das livres forças do mercado. Não existe mais um controle de preços pelo governo federal, mas apenas preços administrados.

Destacou ainda que a lei mineira, indicada pelo defendant, não se refere ao preço sugerido pelo fabricante, mas o preço máximo de venda a consumidor sugerido por tabelas divulgadas por entidades representativas - como a ABCFARMA. No caso em discussão o valor utilizado foi aquele sugerido pelo fabricante conforme consta na nota fiscal.

Por fim, a lei antitruste à qual a autuada recorre, é uma lei editada com o propósito de coibir a formação de cartéis entre os agentes econômicos, não se aplicando ao Estado.

Ratificou o procedimento fiscal.

VOTO

A acusação fiscal foi em razão da falta do recolhimento do ICMS nas aquisições de medicamentos por contribuinte deste Estado descredenciado, conforme Portaria nº 114/04, em virtude de não terem sido adotados os preços máximos de venda ao consumidor.

Observo, inicialmente, que não havendo Convênio ou Protocolo entre os Estados Federados a indicar como responsável tributário o remetente das mercadorias e estando elas enquadradas no regime da substituição tributária, cabe ao seu adquirente, no território do Estado da Bahia, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto pela operação comercial realizada (art. 371 do RICMS/97). O prazo do seu recolhimento é aquele determinado no art. 125, II, "b" do citado Regulamento, com exceção se houver Regime Especial, caso que não se aplica ao autuado.

No presente, a impugnação se prende a determinação da base de cálculo do imposto e da perda do credenciamento da empresa para postergação do imposto conforme estabelece a Portaria nº 114/04.

Quanto à perda do seu credenciamento observo que a postergação do recolhimento do ICMS no caso em discussão é um benefício concedido pelo Estado da Bahia. Sendo benefício fiscal ele possui regras que devem ser seguidas para que seja concedido. Por estas regras, o contribuinte não pode possuir débitos inscritos em Dívida Ativa (art. 1º, II, da Portaria nº 114/97 e §§ 7º e 8º do art. 125, do RICMS/97). Pela própria informação do defendant esta situação existe. Assim, este assunto, além de não ser abuso de autoridade, não dar sustentação para a discussão do presente Auto de Infração.

O impugnante entende que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia viola o Convênio ICMS 76/94, a Lei Complementar nº 87/96, a Lei Estadual nº 7.014/96 e a Lei Federal nº 8.884/94, uma vez que utiliza como base de cálculo para apuração do tributo o preço máximo de venda ao

consumidor final do medicamento sugerido pelo fabricante. Ocorre que para tais produtos existem preços fixados por Órgão Competente, conforme Portaria Ministerial nº 37/92 do Ministério da Economia e Fazenda. Em sendo assim, o Regulamento transgride o que prevê as citadas leis - art. 8º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar nº 87/96, bem como os §§ 2º e 3º do art. 23, da Lei Estadual nº 7.014/96 e as próprias determinações do seu art. 2º. Além do mais, entendeu que o ordenamento jurídico não se esgota com o RICMS, a Lei Complementar nº 87/96 e a Lei nº 7.014/96, uma vez que a matéria discutida deveria ser interpretada em seu conjunto.

Afora que a fiscalização aplicou na apuração da base de cálculo do ICMS tabela de preços dos medicamentos constantes de listas de preços sugeridos na internet, como o HiDoctor Net ou similar, fato que não provava de que os preços constantes de venda a consumidor final foram os realmente sugeridos pelo fabricante, inclusive não eram os reais. Como informação complementar disse que alguns estados têm corrigido a ilegalidade do lançamento fundamentado em base de cálculo com base no preço máximo de venda ao consumidor publicado por revistas especializadas, a exemplo do Estado de Minas Gerais.

Inicialmente é necessário não esquecer que a matéria em discussão trata de imposto exigido antecipadamente já que os medicamentos, para uso humano, estão enquadrados no regime da substituição tributária, ou seja, a sua cobrança e recolhimento encerra o ciclo de tributação. Em sendo assim, deve-se buscar o seu preço final para a correta apuração do tributo.

Por segundo, embora concorde com o impugnante que o ordenamento jurídico nacional não se esgota com as leis e normas relativas ao ICMS, na discussão elas são as que devem o julgador de se ater, pois as que o regem, conforme determina a Constituição Federal. Assim, a Lei Antitruste (Lei Federal nº 8.884/94) além de não ser aplicável à matéria em lide, uma vez que a discussão versa sobre cobrança de tributo, não existiu qualquer infração, por parte do Estado, à ordem econômica.

Por terceiro, a Lei Complementar nº 87/96 em seu art. 6º, § 2º determina que a base de cálculo para apuração do imposto por substituição tributária será o preço final à consumidor, único ou máximo, fixado por órgão público competente. No seu § 3º expressa que existindo preço final à consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço. Da análise destes dois dispositivos legais, percebe-se claramente que um não excluiu o outro, nem tampouco existe ordem hierárquica entre eles. Ou seja, pode-se utilizar o preço fixado por órgão governamental competente ou se assim determinar a legislação, o preço sugerido pelo fabricante. É a Lei nº 7.014/96 no seu art. 23, nos seus §§ 2º e 3º que estabelece esta hierarquia, precisamente, caso existe preço fixado (ou tabelado) por órgão público, é este preço. Na sua falta, o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador.

Por outro lado assim dispõe o art. 61, do RICMS/97:

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

I - o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente;

II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, 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 subsequentes, de acordo com o percentual previsto:

a) - no Anexo 88, a ser determinado em função de ser industrial, atacadista ou importador o estabelecimento fornecedor ou remetente, tratando-se das mercadorias de que cuidam os incisos II e IV do art. 353;

b) - no Anexo 89, em se tratando de quaisquer outras mercadorias não contempladas no Anexo 88:

1 - sendo o adquirente pessoa não inscrita no cadastro estadual;

2 - nos demais casos que a legislação preveja o pagamento do imposto por antecipação, nos termos do § 2º do art. 352;

§ 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 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%;

Da leitura destas determinações, não vejo qualquer violação a Lei nº 7.014/96 já que a conjunção “ou” não esta aqui dando posições de prioridades, mas sim, indicando um preço ou outro, conforme determina a lei.

Em quarto lugar, necessário verificar se existe para os medicamentos preços fixados por Órgão Governamental competente. A Portaria Ministerial nº 37/92 estabelece, em seu art. 2º, que os produtos farmacêuticos da linha humana seriam liberados nas operações efetuadas pelos estabelecimentos fabricantes, mas estariam sujeitos à limitação da margem de comercialização nas operações de atacado e varejo, ou seja, não tabela, não fixa, nem sugere preço, estabelece, apenas, limitações de comercialização destes preços nas operações de atacado e varejo.

Por outro lado, o Convênio ICMS 74/96 na sua Cláusula 2º prevê que 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. E, inexistindo estes preços, 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 (§ 1º).

Não existindo preço tabelado ou fixado por Órgão Governamental, o cálculo do imposto sobre medicamentos, enquadrados no regime da substituição tributária, deve ser aquele sugerido pelo fabricante ou industrial, conforme determina toda a legislação já exposta.

E, nesta oportunidade, ressalto que ao contrário do que afirma o impugnante, as disposições insertas no art. 2º, do RICMS/97 estão sendo cumpridas.

O autuante tomou como preço dos medicamentos o valor máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo industrial e, ao contrário do que informou a defesa, estes preços não foram obtidos em qualquer site da Internet. Eles estão consignados na Nota Fiscal nº 025401, autuada e emitida pelo seu fornecedor Medquímica Indústria Farmacêutica Ltda. (fl. 6 dos autos), não tendo qualquer pertinência a informação sobre a legislação do Estado de Minas Gerais.

Portanto, de acordo com o § 3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, na falta do preço estabelecido pelo órgão competente, a base de cálculo da substituição tributária é o preço final a consumidor fixado ou o preço sugerido pelo fabricante ou importador, se houver e desde que, comprovadamente seja o preço de venda utilizado pelos contribuintes substituídos. Estes dois requisitos previstos na lei: “se houver” e “comprovadamente” aqui estão presentes, pois não existe qualquer dúvida que os preços adotados pela fiscalização para o cálculo do impostos foram os sugeridos pelo fabricante e são os adotados pelas farmácias, drogarias, etc., uma vez que decorrência lógica do primeiro.

Observo, ainda:

1. os preços indicados no documento fiscal como de aquisições e em relação áqueles também indicados como para o consumidor final demonstram uma total disparidade. Não existe qualquer lógica que um produto, e somente como exemplo, seja adquirido por R\$2,74 a unidade e vendido por R\$15,15, com margem de lucro de mais de 550% (Ulcenar 400mg, comp. Caixa com 20 unidades). Este fato prova que os preços ditos de aquisições não atenderam ao que estabelece o Convênio ICMS 76/94, na sua Cláusula Segunda. Assim, mesmo que tenha agregado ao preço indicado no documento fiscal mais o custo de frete o percentual de 60,07%, menos 10%, o valor apurado para cálculo do imposto não foi o determinado na lei, vez que os preços a consumidor, na forma posta não correspondem exatamente à divisão dos preços de fábrica por 0,7, conforme prevê a Portaria nº 37/92 do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.
2. Quanto a utilização do benefício fiscal indicado no art. 5º, do Decreto nº 9.651/05, este procedimento somente poderá ser realizado se houve Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda. Este termo, pelo que consta nos autos não existe com o autuado.
3. O impugnante ainda afirmou que havia recolhido o imposto, que entendeu correto através de GNRE. Este recolhimento não foi trazido aos autos. Inclusive no documento fiscal no campo de Informações Adicionais consta a informação de que o ICMS era de responsabilidade do autuado. Desta forma, não posso aceitar este argumento.

Pelo exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **007267.0122/06-5**, lavrado contra **COSTA PORTO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.501,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “d” da Lei nº 7.14/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE /RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR