

PROCESSO - A. I. Nº 232893.0734/06-8
RECORRENTE - VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. (VITÓRIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0366-02/06
ORIGEM - VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 17/04/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0103-12/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS EM VIRTUDE DE ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Em relação às mercadorias objeto desta autuação, não há convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente. O autuado não é beneficiário de regime especial, que concede um prazo para recolhimento do imposto. Nessas circunstâncias, o tributo deve ser exigido por antecipação na entrada da mercadoria neste Estado. Na presente situação a base de cálculo para fins de retenção do imposto deve ser o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído, sugerido pelo fabricante, conforme determinado pelo Convênio ICMS 76/94. Afastada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, através do qual o contribuinte impugna a Decisão de 1º grau, contida no Acórdão nº 0366-02/06, da 2ª JJF, que declarou a Procedência do Auto de Infração em lide, lavrado em 20/07/06, que contempla a acusação de falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária de fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 e enquadradas na Portaria nº 114/00, adquiridas para comercialização, procedente de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado e sem Termo de Acordo de Atacadista. Foi cobrado imposto no valor de R\$ 19.790,37, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação, às fls. 20 a 23. A Junta de Julgamento, ao decidir a lide, exarou o voto a seguir transcrito:

“Versa o presente Auto de Infração sobre a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária de fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte não credenciado.

O sujeito passivo insurge-se apenas quanto à falta da concessão de regime especial por ele requerido, pela repartição fazendária de sua jurisdição por encontrar-se inadimplente. Aspecto esse que em nada repercute no lançamento, ora em lide.

No entanto, da análise dos elementos constitutivos do PAF, constato que o procedimento fiscal foi efetuado de maneira correta, pois, a operação em exame, o § 2º do inciso I do art. 61 do RICMS/BA/97, dispõe que para os efeitos de substituição ou antecipação tributária dos produtos farmacêuticos, a base de cálculo será feita em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94 e alterações posteriores.

Ademais, o sujeito passivo não questionou em momento algum de sua defesa os valores dos medicamentos utilizados na ação fiscal, nem o demonstrativo de débito elaborado pela

autuante, fl. 04, o que a meu ver implica no acatamento às fontes utilizadas pelo preposto fiscal para coleta do Preço Máximo de Venda ao Consumidor.

Por tudo quanto foi exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, da infração que lhe fora imputada, ou seja, a falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, bem como, para a obtenção da base de cálculo, a alíquota e a multa aplicadas foram respeitadas as determinações legais pertinentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

No Recurso Voluntário, o contribuinte, inicialmente, argüiu a nulidade da Decisão de 1º grau, afirmando que o julgador originário deixou de examinar todas as questões suscitadas pelas partes. Argumentou que o Auto de Infração fora lavrado sob a equivocada conclusão do fisco de que o contribuinte teria efetuado recolhimento a menor de ICMS por antecipação nas aquisições de medicamentos provenientes de outras unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94, por uso incorreto da base de cálculo. Declara que ingressou com a tempestiva impugnação administrativa, alegando que a autuação não procedia, pois o fisco efetuara o lançamento com a utilização irregular de pauta fiscal e sem observar a concessão de descontos incondicionais ou comerciais pelos fabricantes das mercadorias. Disse que esses argumentos não foram enfrentadas pela instância originária de julgamento.

Quanto à base de cálculo, sustenta que as publicações contidas na ABCFARMA, vinculadas à Associação Brasileira de Comércio Farmacêutico, não podem ser utilizadas pelo fisco, por ofender o princípio da legalidade tributária. Ressalta que o Estado da Bahia, por simples Portaria, Resolução ou Decreto não está autorizado a estabelecer a base de cálculo do ICMS tomando por parâmetro os preços sugeridos pelos fabricantes aos comerciantes. Transcreveu as disposições do art. 8º, §§ 2º e 3º, da LC 87/96, para concluir que o preço final, que é apenas uma sugestão do fabricante ou importador, que não tem compulsoriedade na serventia para estabelecer a base de cálculo do ICMS, mas tão-somente uma faculdade. Afirmou que no ordenamento jurídico inexistente lei que fixe base de cálculo de acordo com a “sugestão” do fabricante e que a Portaria Interministerial MF nº 37/92 não pode fazer as vezes de lei. Ressaltou que o STJ não discrepa em repelir as pautas ou valores tarifários, arbitrariamente adotadas.

Em relação aos descontos incondicionais e comerciais, assevera que os mesmos representam parcelas redutoras dos preços de compra e venda que afetam a base de cálculo dos tributos. Referiu-se às diversas modalidades de descontos praticadas no comércio de medicamentos, a exemplo das bonificações. Justificou que a existência de descontos incondicionais e comerciais afastam a aplicação dos preços indicados nas revistas, pois a base de cálculo real discrepa dos preços sugeridos. Sustenta que no caso em exame o correto é aplicação do valor da operação realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes ao seguro, frete, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferidos ao adquirente, adicionando-se a MVA, conforme prescreve o art. 61, II, do RICMS/BA.

Ao final, formulou os seguintes pedidos:

1. remessa dos autos ao juízo “*a quo*” para a correta Decisão, em respeito ao princípio da não supressão de instância;
2. alternativamente, requereu que o tributo supostamente devido seja recalculado, adotando-se o mesmo tratamento previsto no at. 3º-A, do Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000.

A Procuradoria Estadual, através da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, exarou Parecer nos autos (fl. 68), manifestando entendimento de que as alegações de defesa não foram enfrentadas pela Decisão recorrida, em especial, as questões vinculadas à irregularidade da base de cálculo utilizada pelo autuante. O opinativo foi pela decretação da nulidade da “*a quo*”, e retorno dos autos à 1ª Instância para novo julgamento.

VOTO

Passo inicialmente a examinar a preliminar de nulidade da decisão de 1ª Instância. Limitou-se o contribuinte, na defesa submetida à Junta de Julgamento Fiscal, a pedir tratamento tributário diferenciado, previsto no Decreto Estadual nº 7.799/2000, que concede redução de base de cálculo em diversas operações sujeitas à incidência do ICMS, entre elas, as aquisições de produtos farmacêuticos e medicinais de uso não veterinário. Ocorre que a Administração Tributária, reiteradas vezes indeferiu o pedido formulado pelo sujeito passivo. Em face deste não enquadramento no benefício acima apontado, o imposto foi exigido no presente Auto de Infração, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, à alíquota de 17%, adotando-se a sistemática de apuração prevista na antecipação tributária, face à inclusão das mercadorias objeto da ação fiscal no regime da substituição tributária.

O outro elemento motivador do lançamento decorreu do fato do autuado não ser credenciado, nos termos da Portaria nº 114/04, para pagamento do imposto em momento distinto da operação de ingresso dos produtos no território do Estado da Bahia.

Como não houve contestação do contribuinte quanto aos aspectos formais e materiais do lançamento, a Junta proferiu Decisão, limitando-se a dizer que a exigência tributária procedia, visto que o imposto foi apurado nos termos previstos na legislação de regência, ou seja, o § 2º, do art. 61, quanto à base de cálculo e o Anexo 66, do RICMS, quanto ao enquadramento da mercadoria no regime de substituição tributária.

Desta forma, considerando o pedido formulado pela defesa e a correspondente Decisão da Junta, é de se concluir que omissão apontada pela recorrente no Acórdão “*a quo*” não procede, razão pela qual não acolho a nulidade suscitada pelo sujeito passivo. Discordo, portanto, do opinativo da Procuradoria Estadual.

Quanto ao mérito da autuação, de igual modo, não merece qualquer reparo a Decisão de 1º grau. O lançamento em discussão, quanto à base de cálculo, tomou por fundamento as disposições da legislação tributária que regem a matéria, mas especificadamente o art. 23, § 3º, da Lei nº 7.014/96, com disposição correspondente no art. 61, § 2º, I, do RICMS/97. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, em conformidade com as disposições normativas citadas, 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.

A primeira hipótese prevista no dispositivo transcrito acima não se aplica ao caso em tela, pois não temos mais preço de medicamento fixado por órgão competente. Aplica-se, então a norma que estabelece que a base de cálculo da substituição tributária deve ser apurada com base nos preços sugeridos pelo fabricante, como acertadamente fez o autuante, não havendo o que se falar em pauta fiscal e nem em descontos incondicionais.

Destaco, ainda, que a legislação acima indicada, concede, em função dos eventuais descontos que podem ocorrer nas fases posteriores de revenda das mercadorias, a redução de 10% da base de cálculo do ICMS devido por substituição, prevista, também, no art. 61, § 2º, I, do RICMS/97, norma que tem por fundamento de validade as disposições dos Convênios ICMS 76/94 e 4/95. Improcedem, portanto, as alegações recursais quanto à invalidade da base de cálculo utilizada no lançamento em discussão. Importante ressaltar que o plenário do STJ, no RMS 21844-SE, assentou entendimento no sentido da legalidade da base de cálculo apurada através dos preços divulgados pela revista “ABCFARMA”, conforme abaixo transcrito:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS INCIDENTE SOBRE MEDICAMENTOS. BASE DE CÁLCULO. PREÇOS DIVULGADOS PELA REVISTA “ABCFARMA”. PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR. LEGALIDADE.

I - Assentou o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal a legitimidade constitucional, referente ao ICMS, da substituição tributária para frente. (SS-AgR 1307/PE, Tribunal Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 11.10.2001).

II - O artigo 8º, § 2º, da LC 87/96, preceitua que, em se cuidando “de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público

competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido".

III - "Estabelecendo a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED os critérios para obtenção dos valores correspondentes ao Preço Máximo ao Consumidor, esse valores correspondem à base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária. " (RMS nº 20.381/SE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 03/08/2006)

IV - Recurso ordinário improvido.

Acórdão

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros LUIZ FUX, TEORI ALBINO ZAVASCKI, DENISE ARRUDA e JOSÉ DELGADO votaram com o Sr. Ministro Relator."

Destaco, por fim, que se não houvesse preço sugerido pelo fabricante, caberia a utilização do critério sugerido pelo contribuinte / recorrente, ou seja, a base de cálculo da ST corresponderia ao valor da mercadoria, acrescido do IPI, frete e/ou carreto e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionando-se a esse montante a MVA prevista na legislação, tudo nos termos do § 1º da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94. Considerando que no caso em lide há o preço sugerido, não se pode acatar a tese defensiva.

Quanto ao pedido alternativo, objetivando o enquadramento das operações objeto da autuação no regime tributário diferenciado, previsto no Decreto nº 7.799/99 e a conseqüente revisão dos cálculos do imposto autuado, não há como se acolher a pretensão recursal. Primeiro, em razão do benefício depender, para sua concessão, do atendimento de condições estabelecidas na norma instituidora, no caso, o Decreto nº 7.799/00, entre elas, a celebração de Termo de Acordo entre o Estado e o contribuinte. Segundo, que a avaliação das condições para a fruição do benefício é da competência da Administração Tributária, através dos órgãos de fiscalização e não das instâncias de julgamento que integram o CONSEF. E por último, no caso vertente, diante da própria manifestação do contribuinte, é de se deduzir que o pedido de enquadramento no benefício já foi apreciado na instância fazendária competente, resultando em indeferimento. Segundo notícia o autuante, na informação prestada, o contribuinte teve seu pleito indeferido em razão de se encontrar em débito com a Fazenda Pública.

Portanto, correta a exigência fiscal, visto que o autuado não se encontrava inserido no regime de tributação diferenciado, não podendo fruir as reduções previstas na norma especial.

Assim, ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, confirmando a Decisão de 1ª Instância.

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 **232893.0734/06-8**, lavrado contra **VITOFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (VITÓRIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.790,37**, 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, 14 de março de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS