

PROCESSO - A. I. Nº 210437.0303/09-1
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA BRANEVES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0125-03/10
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
INTERNET - 15/06/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0135-11/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS PROCEDENTES DE ESTADOS NÃO SIGNATÁRIOS DE ACORDO INTERESTADUAL. (CONVÊNIO OU PROTOCOLO) PARA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. O sujeito passivo não comprovou o recolhimento do tributo ou que o imposto foi antecipado com base nos preços publicados em revistas do setor farmacêutico, haja vista que nas operações interestaduais com medicamentos a base de cálculo para fins da antecipação será o valor constante na tabela de preços sugeridos pelo fabricante e publicados em revistas específicas. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JF - através do Acórdão JF nº 0125-03/10 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafo, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações, abaixo descritas, todas objeto do presente Recurso:

INFRAÇÃO 1: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) de outras unidades da Federação. Contribuinte sem Termo de Acordo referente ao Decreto 7.799/00, adquiriu produtos farmacêuticos de empresas distribuidoras de Estados da Federação (Minas Gerais e Goiás) não signatárias do Convênio ICMS 76/94, período de julho de 2007 a maio de 2009. Valor do débito: R\$55.094,99.

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) de outras unidades da Federação. Contribuinte sem Termo de Acordo referente ao Decreto 7.799/00, adquiriu produtos farmacêuticos de empresa distribuidora de Estados da Federação (Minas Gerais e Goiás) não signatário do Convênio ICMS 76/94, nos meses de julho, setembro, outubro, dezembro de 2007; janeiro, fevereiro, abril, maio, agosto, outubro e dezembro de 2008. Valor do débito: R\$126.699,80.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela Procedência das referidas exigências fiscais assim se manifestou, *in verbis*:

“O Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por falta de recolhimento e pagamento a menos do imposto sobre mercadorias (medicamentos), adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, sendo apurado no primeiro item, recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos de outras unidades da Federação, conforme demonstrativos de fls. 17 a 28 do PAF. Na infração 02, foi constatada a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos de outras unidades da Federação, conforme demonstrativos de fls. 29 a 38 do PAF. O autuado adquiriu produtos farmacêuticos de empresas distribuidoras de outros Estados da Federação (Minas Gerais e Goiás), não signatárias do Convênio ICMS 76/94. Conforme salientou a autuante, na informação fiscal, o defendente não questionou a sua responsabilidade pelo recolhimento do tributo exi-

gido no presente lançamento, nem os dados numéricos do levantamento fiscal e as alíquotas aplicadas no cálculo do imposto exigido, haja vista que o defendente discordou apenas da base de cálculo utilizada nas infrações 01 e 02, citando o art. 61, incisos I e II do RICMS/BA. Assim, quanto à primeira infração, o defendente alega que a autuante considerou como base de cálculo da substituição tributária o preço máximo de venda ao consumidor, sugerido pelos fabricantes em revistas especializadas (ABCFARMA), em total dissonância com a base de cálculo efetivamente praticada pelo autuado. Diz que não pode prever, garantir ou exigir que o contribuinte substituído (as farmácias), comercializem seus produtos farmacêuticos pelos preços sugeridos em revistas pelos fabricantes das diversas unidades da Federação, e no caso de produtos farmacêuticos não deve ser exigido que se tome como base de cálculo para recolhimento do ICMS substituto, o preço sugerido por outros fabricantes. No que se refere a infração de nº 02, o autuado reconhece que não recolheu o ICMS exigido e apresenta as mesmas alegações da primeira infração quanto à base de cálculo. Requer a expedição dos DAEs respectivos, nos termos previstos no inciso II do artigo 61 do RICMS/BA aprovado pelo decreto 6.284/97. De acordo com os demonstrativos acostados aos autos, na apuração do débito foram indicados os dados relativos ao número e data de emissão de cada nota fiscal, a descrição do produto, quantidade, preço máximo ao consumidor, sendo considerados os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais objeto da autuação, redução da base de cálculo de 10% e os valores pagos, nos casos de recolhimentos efetuados a menos. Em relação aos medicamentos, as tabelas de preços publicadas periodicamente são válidas, os preços são originários de informações dos fabricantes e na prática, o comerciante varejista não adota preço superior ao sugerido pelo fabricante. Dessa forma, os preços publicados em revistas, a exemplo da ABIFARMA, ABCFARMA e ABAFARMA, são utilizados em todo o Brasil, material que é produzido e publicado para conhecimento de todos os distribuidores, consumidores, entidades governamentais, encontrando-se inclusive em balcões de farmácias e drogarias, e o Fisco utiliza esse material por entender que essas tabelas prevalecem, por se constituírem fonte que merecem credibilidade. Saliento que de acordo com o § 2º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, “tratando-se 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”. Já o § 3º deste mesmo artigo prevê que “na falta do preço estabelecido pelo órgão competente a que se refere o parágrafo anterior, a base de cálculo para fins de substituição tributária, poderá ser o preço final fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador, se houver, desde que, comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído. Assim, no caso dos medicamentos, o cálculo da substituição tributária é feito com base nos preços sugeridos pelos fabricantes publicados em listagens, a exemplo daquelas publicadas pela ABIFARMA, ABAFARMA e ABCFARMA, tendo em vista que as citadas listagens estão disponíveis e são utilizadas para as consultas de preços que forem necessárias. Ademais, o preço ao consumidor, consta em diversas notas fiscais, e o defendente demonstrou ter conhecimento das referidas revistas, embora tenha discordado de sua aplicação pelo fisco. Como a defesa não comprovou o recolhimento do tributo ou que o imposto foi antecipado com base nos preços publicados em revistas do setor farmacêutico, concluo pela subsistência das infrações 01 e 02. O defendente pediu a juntada de cópias de Notas Fiscais de Venda a Consumidor, alegando que tais documentos descaracterizam a autuação porque as mercadorias foram destinadas ao atendimento da população através das Prefeituras e hospitais, citando o art. 355, inciso IV do RICMS/BA. Não acato a alegação defensiva, haja vista que não está comprovado que estas operações correspondem à totalidade das mercadorias adquiridas ou que se trata de venda efetuada com as mesmas mercadorias objeto da autuação fiscal. Ademais, o autuado poderá requerer da Gerência de Substituição Tributária autorização, visando a recuperar a parcela do imposto pago antecipadamente, conforme previsto no art. 359, § 6º do RICMS/BA. Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”.

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 666 a 672 – onde, inicialmente, transcreve ementas de decisões deste CONSEF, exaradas em sede de Primeira Instância – Acórdãos JJF nºs 0972/01; 1118/99 e 1241/99, afirmando que o julgamento atacado desconsiderou as referidas decisões, que lhes seriam favoráveis, repetindo argumentos já apresentados na defesa.

Também reafirma sua tese defensiva de que deve ser utilizada como base de cálculo da substituição tributária a regra do inciso II do art. 61 do RICMS, combinado com o seu §2º, inciso I, ou seja, valor constante da nota fiscal, mais MVA, como procedeu, pois não há preço fixado por autoridade competente e nem há qualquer comprovação de que o autuado tenha publicado ou divulgado seus preços em revistas ou mesmo sugerido ao público por qualquer meio os preços de seus medicamentos.

Quanto à infração descrita no item 02, reconhece que não recolheu o ICMS-ST e requer a expedição dos DAEs respectivos, nos termos previstos no inciso II do art. 61.

A PGE/PROFIS, em opinativo de fls. 677 a 687, manifesta-se pelo Não Provimento do presente Recurso Voluntário, consignando inicialmente que a matéria já foi por demais debatida no CONSEF, que tem reiteradamente entendido pelo cabimento dos preços sugeridos nas revistas ABCFARMA,

para fins de base de cálculo do ICMS, ao tempo que transcreve trechos de parte da peça processual elaborada por outro procurador por ocasião da defesa do Estado no Poder Judiciário, que trata da mesma matéria, e que, após longa dissertação histórica sobre a forma de regulação dos medicamentos e esclarecimentos sobre as regras de apuração da base de cálculo do ICMS-ST sobre tais tributos, conclui que o primeiro critério para sua fixação é o preço constante em tabela fornecida pelo órgão público competente para venda a consumidor, constante da Lei nº 7.014/96 e do Convênio ICMS 76/94, também nos termos da Portaria nº 37/92, ao tempo que esclarece que o preço máximo dos medicamentos é o preço de fábrica, dividido por 0,7, sendo que, cada indústria define o preço de fábrica a partir dos seus custos e transmite a informação para as revistas especializadas e estas, realizando a operação matemática descrita, veicula para todo o território nacional o preço máximo permitido pelo governo federal para cada medicamento, e é este o preço que, depois de reduzido em 10%, será utilizado para constituir a base de cálculo de ICMS exigido por substituição tributária.

Ainda aduz na referida peça que na inexistência deste preço máximo, como regra supletiva, será utilizado como base de cálculo do ICMS-ST o preço final a consumidor, fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador.

VOTO

No presente lançamento de ofício imputa-se ao recorrente o cometimento de duas infrações: a falta de recolhimento e o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) de outras unidades da Federação, não signatárias do Convênio ICMS 76/94 (Minas Gerais e Goiás).

Inicialmente, é necessário consignar, como ressaltou a JJF, que o sujeito passivo não contesta a sua responsabilidade pelo recolhimento dos tributos exigidos e muito menos os dados numéricos do levantamento que apurou os valores exigidos, e nem tampouco o faz em sede recursal.

Limita-se a arguir, repetindo sua tese defensiva, que a base de cálculo utilizada pela fiscalização para apurar o imposto exigido é indevida, porquanto contrariaria o disposto no inciso II do art. 61 do RICMS/BA, ou seja, contesta a apuração com base no preço máximo de venda ao consumidor, sugerido pelos fabricantes em revistas especializadas de publicação periódica (ABCFARMA, ABI-FARMA e ABAFARMA), entendendo que deve ser apurado o imposto devido por substituição tributária nas operações com medicamentos, utilizando-se como base de cálculo o preço de fábrica agregado das despesas que o oneram, e mais a MVA respectiva, nos termos do dispositivo citado.

Tal tese, como bem frisou a PGE/PROFIS em seu opinativo, já foi objeto de apreciação por este Conselho de Fazenda em vários autos de infração lavrados sobre a mesma matéria ora em julgamento, e devidamente repelida, visto que não se coaduna com a legislação pertinente.

E, de fato, a base de cálculo nas operações de comercialização de medicamentos, sujeitas à tributação de acordo com a sistemática de substituição tributária, é apurada mediante três critérios, dispostos no art. 61, incisos I e II do RICMS/BA, com o devido lastro na Lei nº 7.014/96, em seu art. 23, e no Convênio ICMS 76/94, em sua cláusula segunda:

O primeiro critério é o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador; o segundo critério é o preço máximo ou único de venda fixado pela autoridade competente, e o terceiro, apenas aplicado na falta destes dois primeiros, é o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido de encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, e mais a margem de valor adicionado (MVA), conforme transcrição abaixo do referido dispositivo regulamentar:

“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 subseqüentes, 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; ”

No mesmo sentido, a Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, aplicável às operações objeto da autuação, nos termos do §2º, inciso I, do art. 61 do mencionado diploma regulamentar, também abaixo transcrito:

“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: ”

Da leitura das normas citadas, depreende-se sem grande esforço interpretativo que, apenas na inexistência dos dois primeiros critérios de apuração da base de cálculo, será aplicado o critério de apuração, levando-se em conta o preço praticado pelo remetente, mais percentuais de agregação de valor (MVA).

Neste sentido, existindo para os produtos medicamentos preços máximos de venda ao consumidor, sugeridos pelos fabricantes em revistas especializadas (PMC), o que encontra amparo na legislação federal que regulamenta a fabricação e a comercialização dos referidos produtos, como bem pontuou a PGE/PROFIS, este é o critério para se apurar a base de cálculo do ICMS-ST, como o fez, corretamente, portanto, o autuante.

Por fim, registre-se que as decisões citadas pelo recorrente foram proferidas em sede de Primeira Instância, portanto passíveis de reforma pela 2ª Instância, além do que a simples transcrição de suas ementas ou de trechos delas não permite verificar se, de fato, tratam da mesma matéria jurídica e fática do presente lançamento de ofício.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epígrafado.

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 **210437.0303/09-1**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA BRANEVES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$181.794,79**, 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, 19 de maio de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. PGE/PROFIS