

A. I. N° - 03642342/00
AUTUADO - GREENPHARMA QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTES - JOÃO KOJI SUNANO e JUAREZ ANDRADE CARVALHO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 08/07/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0195-03/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas. Não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 26/10/00, para exigir o ICMS no valor de R\$540.294,58, acrescido da multa de 60%, por retenção e recolhimento a menos do imposto, por substituição tributária, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, pelo fato de não terem sido utilizados os preços máximos de venda a consumidor estabelecidos pelo próprio fabricante e publicados nas revistas especializadas, descumprindo o que determina o Convênio ICMS 76/94, em suas Cláusulas segunda, terceira e quarta - exercícios de 1996 a 1999.

O contribuinte foi intimado, às fls. 10 a 12, a recolher o imposto apurado, sem a imposição de multa, no prazo de dez dias, mas, como não se pronunciou, foi lavrado este Auto de Infração.

O autuado apresentou defesa, através de advogado legalmente habilitado (fls. 1137 a 1157), suscitando, preliminarmente, a inconstitucionalidade da pauta de valores ou preços, que fixa a margem de lucro da indústria farmacêutica e despreza a realidade de mercado de medicamentos similares, afrontando a jurisprudência dos tribunais. Transcreve diversas decisões judiciais e o entendimento da doutrina para corroborar suas alegações.

Discorre, ainda, sobre os princípios constitucionais afrontados pelo fisco, quando “tenta receber o tributo em discussão por diferença encontrada entre pauta distoante da realidade de mercado e o preço de venda efetivo praticado” por ele, tais como, o princípio que garante o direito à propriedade e veda o confisco e o que estipula a livre iniciativa e a livre concorrência.

Alega que somente o Estado de Goiás tem legitimidade ativa para exigir a diferença de ICMS gerada pelo desconto praticado por ele (em torno de 65%), cabendo à Fazenda baiana apenas a diferença encontrada entre o preço fábrica e o preço máximo ao consumidor apontado nos cadernos de preços emitidos pela ABCFARMA e Guias de Farmácia, que, ressalta, não condizem com a realidade.

Aduz, ainda, que, consoante o Convênio ICMS 76/94, a margem de lucro de medicamentos fabricados em Goiás e remetidos para a Bahia deveria ser de 51,46% e salienta que o Estado de Goiás denunciou o citado Convênio, em 01/09/00, através do Decreto n° 5.261/00, passando a exigir o imposto apenas sobre o preço efetivamente praticado (valor da operação).

No mérito, argumenta que:

1. os autuantes tomaram como base, os preços de medicamentos publicados em Cadernos de Preços fornecidos pela ABCFARMA que “não refletem a realidade do mercado de medicamentos SIMILARES”, como os fabricados por ele, uma vez que só com grandes descontos é que as pequenas indústrias conseguem comercializar a sua produção;
2. não faz parte da associação que emitiu os cadernos de preços utilizados para a base de cálculo do imposto e, portanto, tais listas devem ser desconsiderados;
3. recolheu o tributo em questão, através de Guia Nacional de Recolhimento – GNR, pelo preço efetivamente praticado, já que não é inscrito no Estado da Bahia, e não com base em pauta de preços ou valores aleatórios, que não condizem com a realidade vivida pelos pequenos laboratórios farmacêuticos;
4. a venda pelos preços sugeridos pelas entidades representativas “só é possível em relação aos medicamentos de marca, vez que o setor é cartelizado pelos grandes laboratórios farmacêuticos que impõem preços e margem de lucro à custa do sacrifício do povo brasileiro”;
5. a Lei dos Genéricos foi editada para oferecer medicamentos mais baratos, “soando a atitude do fisco baiano como flagrantemente contrária ao seu espírito”.

Pede a realização de perícia fiscal/contábil para provar que as notas fiscais são idôneas e representam as operações de vendas e, ademais, que os valores exigidos pelo fisco são indevidos, haja vista que a Bahia não tem legitimidade ativa para cobrar a diferença de imposto ocasionada pelo desconto de 65%.

Requer a improcedência do lançamento, ou a procedência em parte, com o expurgo do valor do ICMS “gerado sobre desconto praticado (...) de aproximadamente 65%, incidente no preço fábrica”.

À fl. 1219, consta despacho do Inspetor Fazendário, determinando o arquivamento da defesa, tendo em vista a sua intempestividade.

O autuado, após intimado do arquivamento da peça defensiva, impetrou recurso contra o despacho que declarou a sua intempestividade, às fls. 1235 a 1239, demonstrando que o AR foi recebido por uma digitadora, no transcurso de férias coletivas, às 18h53m do dia 04/01/01, devendo ser contado o prazo a partir do dia 05/01/01.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 1251 a 1254), considerando o requerimento do autuado, não fazem nenhuma objeção ao “fato de ser considerada tempestiva a defesa interposta”.

No mérito, esclarecem que, no caso de laboratório de medicamentos, a informação indispensável para que o Fisco apure a base de cálculo do imposto, é o “preço fábrica”, que as unidades produtoras têm a obrigação de estabelecer e fornecer à fiscalização, pois é com base naquele preço que é calculado o preço máximo de venda a consumidor (sobre o qual é determinada a base de cálculo do ICMS – substituição tributária), conforme determina a Portaria Ministerial nº 37/92, em seu artigo 2º, § 1º: “o preço máximo ao consumidor para os produtos a que se refere o *caput* deste artigo será calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço do fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e será único em todo o território nacional.”

Aduzem que a maioria dos laboratórios de medicamentos publica os preços dos fabricantes e os preços máximos de venda a consumidor nas revistas do ramo farmacêutico, embora tal

publicação não seja obrigatória. Na situação em tela, dizem que o autuado publica, nas revistas especializadas, tanto os preços-fábrica como os preços máximos de venda a consumidor, conforme as fotocópias que anexam às fls. 1256 a 1267.

Alegam que em nenhum momento se utilizaram de pauta de preços ou desprezaram a realidade do mercado de medicamentos similares, mas apenas estão cumprindo o disposto na Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e suas alterações, não havendo inconstitucionalidade na ação fiscal. Ressaltam que anexaram, aos autos, fotocópias de todas as notas fiscais para provar a irregularidade apontada.

Finalizam pedindo a procedência do lançamento, tendo em vista que se está exigindo o ICMS, por substituição tributária, relativamente às operações de saídas de mercadorias para destinatários situados no Estado da Bahia e o tributo “pertence, por direito, ao estado de destino da mercadoria, e não ao de origem”, como alega o autuado.

A impugnação ao arquivamento da defesa foi remetida à PROFAZ que se pronunciou, às fls. 1271 e 1272, pela sua procedência, tendo em vista as alegações do autuado.

A 1ª CJF, através do Acórdão CJF nº 2013-11/01 (fls. 1274 a 1276), proveu o Recurso de Impugnação ao Arquivamento de Defesa, com o entendimento de que a intimação foi entregue, ao autuado, após o horário normal de expediente, sendo, assim, tempestiva a defesa apresentada.

Esta 3ª JJF, tendo em vista as alegações defensivas, converteu o PAF em diligência, a fiscal estranho ao feito (fl. 1281), para que verificasse se a base de cálculo do imposto, tal como apurado pelos autuantes, estava de acordo com a legislação que rege a matéria.

O diligente, às fls. 1286 a 1301, inicialmente transcreve as Cláusulas primeira e segunda do Convênio ICMS 76/94 e, logo após, informa o seguinte:

1. verificou, do compulsar dos documentos, que os autuantes elaboraram vários demonstrativos (fls. 16 a 27), indicando a tabela de medicamentos, com os códigos dos produtos seguidos da nomenclatura utilizada pelo fabricante, além dos preços por ele próprio fornecidos e publicados nas revistas especializadas “GUIA DE FARMÁCIA” e “ABCFARMA”;
2. ressalta que consta, à fl. 19, a observação de que, nos casos dos produtos não localizados nas revistas citadas, foram considerados os preços indicados nas notas fiscais acrescidos da MVA de 51,46%;
3. analisando os demonstrativos e documentos fiscais, constatou que os autuantes efetivamente se utilizaram dos preços máximos de venda a consumidor publicados nas referidas revistas especializadas e, quanto aos medicamentos que não se encontravam listados nas publicações, acrescentaram, ao preço praticado pelo autuado, a MVA de 51,46%. Após, deduziram o percentual de 10%, aplicaram a alíquota de 17% e subtraíram o ICMS destacado nos documentos fiscais para, finalmente, comparar o valor encontrado com aquele destacado pelo autuado;
4. a fim de conferir se os cálculos estavam corretos, refez, por amostragem, o levantamento fiscal e verificou que “nem sempre os preços constantes dos demonstrativos que foram pinçados pelos autuantes das revistas estavam atualizados, ou seja, os autuantes, por vezes, lançaram nos demonstrativos preços de revistas anteriores à época da operação, por conseguinte, inferiores aos praticados pelo mercado varejista. Nos casos em que os medicamentos não se encontravam listados nas revistas, foi constatado que os autuantes, em algumas vezes, apuraram a base de cálculo a partir de valores diversos (inferiores)

dos constantes dos documentos fiscais emitidos pela autuada”. Apresenta alguns exemplos para ilustrar sua afirmação;

5. conclui dizendo que:

5.1 “cerca de 90% dos medicamentos comercializados pela autuada são publicados nas revistas especializadas, de forma que não procede a alegação da autuada de que os valores utilizados pelos autuantes para a apuração da base de cálculo não refletem a realidade dos preços dos medicamentos similares, tendo em vista que tais preços foram por ela própria sugeridos”;

5.2 quanto ao argumento defensivo, de falta de legitimidade ativa do Estado da Bahia, assegura que “o Convênio ICMS 76/94 e alterações posteriores legitimam a exigência do ICMS pelo Estado da Bahia, através do regime da substituição tributária, quando da realização das operações com medicamentos destinados ao território deste Estado”;

5.3 em relação às bases de cálculo apontadas, diz que “foi apurado que os autuantes efetuaram os cálculos corretamente, de acordo com a legislação que rege a matéria, com a ressalva de terem utilizado preços defasados, o que implicou numa exigência fiscal menor que a devida”.

Os autuantes foram cientificados do resultado da diligência, mas não se pronunciaram nos autos.

O autuado, intimado a se manifestar, apresentou, às fls. 1352 a 1354, suas considerações sobre o Parecer da ASTEC nos seguintes termos:

1. que é uma “pequena indústria de similares – já tem aprovação da ANVISA para fabricar 02 (dois) medicamentos genéricos – está obrigado por lei a indicar o preço de seus produtos, os quais seguem aqueles fornecidos pela ABCFARMA – Associação Brasileira de Comércio Varejista e Guias de Farmácia -, que seguramente não refletem a realidade do mercado de medicamentos SIMILARES, como os fabricados por ele;
2. somente com grandes descontos é que as pequenas indústrias de similares conseguem comercializar a sua produção, nunca pelos preços indicados em revistas especializadas;
3. o Convênio 70/97 estabelece formas de fixação da base de cálculo, contemplando a possibilidade de participação do contribuinte através de suas entidades representativas, dentre as quais não se incluem a ABIFARMA e a ABCFARMA;
4. recolheu o imposto em questão “pelo preço efetivamente praticado e condizente com a realidade vivida pelos pequenos laboratórios farmacêuticos”;
5. a exigência do recolhimento antecipado do ICMS sobre medicamentos, obedecendo a pauta de preços distoante da realidade comercial vivida por ele é totalmente inconstitucional, mormente quando as notas fiscais estão corretamente preenchidas e trazem o valor real da operação;
6. o parecerista não abordou a questão da ilegitimidade ativa da Bahia para cobrar a diferença de ICMS gerada pelo desconto por ele praticado, em torno de 65%, cabendo a este Estado “apenas a diferença encontrada entre o preço fábrica e preço máximo ao consumidor apontado nas Tabelas de Preços consideradas”;
7. consoante o Convênio ICMS 76/94, a margem de lucro de medicamentos fabricados em Goiás e remetidos para a Bahia deveria ser de 51,46%;

8. o Estado de Goiás denunciou o acima citado Convênio em 01/09/00, através do Decreto nº 5.261/00, passando a exigir o imposto apenas sobre o preço efetivamente praticado (valor da operação);
9. quanto à informação do diligente, de que foram utilizados preços defasados que implicaram uma exigência fiscal menor que a devida, esclarece que foram mínimos os achados (mesmo que por amostragem), não devendo ser considerados.

A final, pede a improcedência do lançamento e, caso seja considerada legal a exigência fiscal, requer, em atendimento ao princípio da eventualidade, que sejam deduzidos os valores recolhidos por ele e a diferença relativa ao desconto praticado de cerca de 65%.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar suscitada pelo autuado, já que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Deixo de acatar, ainda, a preliminar de ilegitimidade ativa do Estado da Bahia, tendo em vista que a substituição tributária, na situação em análise, é uma mera antecipação do imposto que deveria ser pago, ao Estado onde se localizam os destinatários das mercadorias (no caso, a Bahia), no momento em que tais contribuintes promovessem operações de circulação de mercadorias.

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado contra empresa industrial remetente de medicamentos, situada no Estado de Goiás, com destino a estabelecimentos localizados no Estado da Bahia, tendo sido o imposto apurado pela fiscalização, em operação especial, no estabelecimento do autuado.

Segundo o Convênio ICMS 76/94, nas operações interestaduais com medicamentos, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS fica atribuída ao industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas saídas para destinatário revendedor situado em outro Estado, sendo obrigado a se inscrever no cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado destinatário das mercadorias.

Ressalte-se, por oportuno, que este lançamento visa à cobrança do imposto que foi recolhido a menos ao Estado da Bahia, relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro/96 a dezembro/99. Dessa forma, o fato de o Estado de Goiás ter denunciado o referido Convênio ICMS 76/94, em 01/09/00, através do Decreto nº 5.261/00, não tem repercussão jurídica no débito ora apurado.

Quanto à base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, o Convênio ICMS 76/94 estabelece, na Cláusula segunda, que será o valor correspondente ao preço constante de tabela sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor ou, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Segundo entendimento da PROFAZ, no Parecer nº 385/99, existe um órgão competente para estabelecer o preço máximo de venda a consumidor: o Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que, através da Portaria Ministerial nº 37/92, determinou que o preço de venda a consumidor de medicamentos deve ser calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelos fabricantes por 0,7 (zero vírgula sete), sendo único em todo o território nacional. Tais preços máximos de venda a consumidor deverão constar em listas publicadas por revistas de entidades

farmacêuticas e colocadas à disposição dos consumidores e da fiscalização para a devida conferência.

No presente caso, o autuado procedeu à retenção e o recolhimento a menos do ICMS, quando da venda de seus produtos a contribuintes inscritos neste Estado. O fato de comercializar com descontos, não o exime de apurar a base de cálculo do imposto, por substituição tributária, pelo preço constante de tabelas estabelecidas por órgão competente para venda a consumidor, uma vez que a Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 expressamente determina: “a base de cálculo do imposto, **para fins de substituição tributária**, será o valor correspondente ao preço constante da tabela estabelecida pelo órgão competente para venda a consumidor”. (grifos não originais)

De acordo com o parecer do diligente, os autuantes, atendendo ao disposto na legislação, calcularam o imposto por substituição tributária adotando as tabelas do GUIA DE FARMÁCIA e da ABCFARMA, para a venda a consumidor das mercadorias comercializadas e, aplicando a redução de base de cálculo prevista legalmente, de 10%, apuraram um débito superior àquele indicado nas notas fiscais emitidas pelo autuado, conforme documentos acostados ao PAF.

Em relação aos medicamentos não relacionados nas revistas especializadas, conforme atestado também pelo diligente, os autuantes se utilizaram dos preços indicados nos documentos fiscais emitidos pelo autuado, acrescentaram a MVA prevista no Convênio acima citado, de 51,46%, e deduziram o percentual de 10%, como manda a legislação. A final, foi subtraído o ICMS destacado nas notas fiscais e apurado um débito superior ao calculado pelo contribuinte.

Ressalte-se que o diligente informou, ainda, que os preços adotados pelos autuantes estavam defasados e, muitas vezes, eram inferiores àqueles indicados nas tabelas das revistas especializadas, o que, em última análise, beneficiou o contribuinte.

Finalmente, quanto ao pedido do contribuinte, para que sejam deduzidos os valores recolhidos por ele e o valor relativo ao desconto praticado de cerca de 65%, não pode ser acatado, tendo em vista que o que se está exigindo, no presente lançamento, é a importância que foi retida e recolhida a menos ao Estado da Bahia, em razão de o autuado ter apurado de forma incorreta a base de cálculo do ICMS, o que importou em prejuízo para os cofres estaduais.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **03642342/00**, lavrado contra **GREENPHARMA QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$540.294,58**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, II, “d”, da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO- JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR