

PROCESSO - A. I. Nº 0918399-0/03
RECORRENTE - WELL PHARMA DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0374-03/03
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 05.12.03

2ª CAMARÁ DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0154-12/03

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Tendo em vista que o Estado remetente das mercadorias denunciou o Convênio ICMS nº 76/94 e o destinatário da mercadoria não possuir regime especial para pagamento posterior do imposto, deve ser cumprida a determinação constante da Portaria nº 270/93 que manda que se exija o tributo por antecipação no posto de fronteira. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Neste caso, a base de cálculo para fim de antecipação do imposto deverá ser em consonância com o previsto na Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94. Refazimento do cálculo em relação a um produto. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 20/06/2003, para exigir ICMS no valor de R\$6.484,29 e multa de 60% em decorrência da falta de pagamento do ICMS referente às mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 323720 e 323721, enquadradas na Portaria nº 270 (medicamentos), procedentes de outro Estado, sem o recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso, já que não possui Regime Especial.

O contribuinte ingressa com defesa alegando que o autuante arbitrou a base de cálculo sem fundamento legal, já que os produtos constantes das referidas notas não estão tabelados por órgão oficial competente. Diz que a legislação aplicável ao caso é o Convênio ICMS nº 76/94, e que o percentual de agregação para o adquirente baiano é de 60,07%, a ser aplicado sobre o valor da nota fiscal, tudo em consonância com o que prescreve o art. 61, inciso II e § 2º, inciso I do RICMS/97. No entanto a fiscalização considerou o preço constante nas revistas especializadas, (ABCFARMA, CAIRUS, etc), para lhe exigir o ICMS antecipado. Diz que o preço máximo deve ser fixado por órgão oficial competente, e, no caso de produtos farmacêuticos, inexistente tal órgão, não sendo portanto exigível que se tome como base de cálculo o preço que, sequer, foi sugerido pelas distribuidoras de medicamentos genéricos. Conclui que neste caso, o contribuinte substituto deve utilizar como base

de cálculo a determinada na cláusula 2ª, § 1º, § 4º, combinado com as cláusulas 3ª e 4ª do Convênio ICMS 76/94. Transcreve ementa na qual o CONSEF decidiu pela improcedência de Auto de Infração. Pede a juntada posterior de documentos, inclusive em contra-prova, perícia com arbitramento e formulação de quesitos, revisão do procedimento fiscal com preposto diverso, tudo para que, afinal, seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 77/81, e aduz que a operação de compra, em particular, por ter como origem o Estado de São Paulo, que denunciou o Convênio ICMS nº 76/94, Ato Cotepe nº 15/97, se enquadra na situação de antecipação tributária, regida pela Portaria nº 270/93, que exige seja efetuado o pagamento do imposto devido no primeiro posto fiscal do trajeto, o que não ocorreu no presente caso. Quanto ao reclamo do autuado com relação à base de cálculo, diz que este não observou o prescrito na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94: “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”. Aponta que ficou bastante claro os preços praticados pelo fabricante e fornecedor, laboratório Hexal do Brasil Ltda., após consulta à tabela de preços disponíveis na Internet, no site da ABCFARMA, conforme consta das folhas 5 a 16 do PAF.

O autuado reconhece parcialmente o Auto de Infração, no valor de R\$1.342,23, conforme a declaração constante de fl. 86, em que requer a expedição de DAE para pagamento do imposto.

O Julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente nego o pedido de revisão fiscal, solicitado pelo autuado, haja vista que os elementos constantes do presente processo administrativo fiscal são suficientes para a formação do meu juízo de valor sobre a lide, a teor do que dispõe o art.147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, o lançamento decorreu da falta de antecipação do ICMS relativamente a medicamentos, mercadorias que estão enquadradas na Portaria nº 270/93, procedentes do Estado de São Paulo, sem o recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, uma vez que o contribuinte não possui regime especial para pagamento posterior.

Equivoca-se o autuado, ao entender que a base de cálculo do imposto foi incorretamente apurada, pois o autuante, corretamente, aplicou a disposição da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94:

“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”.

No caso em exame, restou comprovado os preços praticados pelo fabricante e fornecedor, laboratório Hexal do Brasil Ltda., após a consulta à tabela de preços disponíveis na

Internet, no site da ABCFARMA, conforme consta das folhas 5 a 16 do PAF, em que a empresa Hexal do Brasil Ltda., remetente das mercadorias, sugere o preço dos medicamentos, a serem vendidos ao consumidor final.

Neste caso, o contribuinte que adquire as mercadorias em outro Estado, está obrigado a antecipar o valor do imposto na primeira repartição do percurso, se não possuir regime especial para pagamento em momento posterior, uma vez que o Estado de São Paulo denunciou o Convênio ICMS nº 76/94, que disciplina a substituição tributária entre os Estados dele signatários.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o contribuinte reitera “todas as suas razões de defesa anteriormente apresentadas como se todas as letras lá coladas aqui estivessem”. Insiste na aplicabilidade do Convênio 76/94 ao caso presente, e que o percentual de agregação para o adquirente baiano é de 60,07% sobre o valor da nota fiscal, como prescreve o art. 61, II e § 2º, do RICMS/BA. No entanto os agentes fiscais consideraram o preço constante das revistas especializadas (ABCFARMA, CAIRUS, etc) para lhe exigir ICMS antecipado sobre medicamentos da linha SIMILAR, coagindo-se com a apreensão de mercadorias e, por via de consequência, lavratura de Auto de Infração.

Não reconhece a ABCFARMA como parâmetro, pois na indústria farmacêutica não existe órgão oficial competente para fixar preços de remédios; diz, ainda, que a ABCFARMA tem interesses conflitantes entre os SIMILARES e fabricantes de medicamentos éticos e genéricos, os quais essa entidade representa. Portanto, inexistindo órgão oficial, a dita tabela não preenche a lacuna, face aos interesses conflitantes. Afirma, ainda, que o preço praticado na venda do medicamento ético, por exigência dos fabricantes, é o tabelado. No entanto, o preço de venda do produto SIMILAR é significativamente inferior ao tabelado, tendo em vista que os fabricantes da linha genéricos, especialmente o SIMILAR, permitem a negociação com flexibilidade de preços, ou seja, incentiva os estabelecimentos farmacêuticos a vender a preço inferior ao tabelado, o que pode ser comprovado com a própria campanha desenvolvida pelo Ministério da Saúde.

Conclui requerendo que, em face dessas considerações, deve ser utilizado como base de cálculo a determinada na Cláusula Segunda, (percentual de agregação de 60,07%) e § 4º (redução de 10%), combinada com as Cláusulas Terceira e Quarta do Convênio nº 76/94.

A douta procuradoria opina pela manutenção da Decisão recorrida, por entender como correto que a base de cálculo é aquela estabelecida na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, pois em virtude da ausência de órgão oficial de cotação do setor, buscou o autuante estabelecer a base de cálculo consoante autorização legal, consultando, pois, a tabela de preços disponíveis na internet, no site da ABCFARMA.

VOTO VENCIDO

Está absolutamente correta o recorrente em seu Recurso Voluntário, porque:

1º - Como afirma, sem contestação pelo autuante, os produtos objeto da autuação são SIMILARES, não existindo, portanto, nenhuma tabela, oficial ou não, estabelecendo os seus preços.

2º - A tabela, na qual o autuante enquadrrou os produtos, referem-se àqueles chamados éticos e genéricos, distintos dos apreendidos.

3º - Os SIMILARES são decorrentes de uma legislação que buscou ostensivamente a redução de preços dos medicamentos mediante condições especiais que estabeleceu para a sua produção e embalagem, com o objetivo de atender principalmente a população mais carente.

4º - Informa o autuante que obteve as informações constantes da tabela da ABCFARMA através da Internet, não havendo, portanto, elementos no processo para verificar o enquadramento dos produtos apreendidos.

5º - Os preços constantes das notas fiscais devem ser considerados como base de cálculo para efeito de apuração do tributo, que o contribuinte aceita como devido.

6º - Não se aplica ao caso em lide a Cláusula 2ª. do Convênio nº 76/94, já que não existe órgão competente para fixação de preços de SIMILARES.

Em face do exposto, dou Provimento ao Recurso Voluntário. para, reformando a Decisão recorrida, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, condenando a autuada ao pagamento do ICMS calculado com base no valor constante nas notas fiscais, aplicando-se o disposto na Cláusula Segunda, §§ 1º e 4º, combinado com as Cláusulas Terceira e Quarta, do Convênio ICMS nº 76/94.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia para divergir do entendimento externado pelo ilustre Conselheiro relator, através do seu Voto, ante as razões que passo a expor.

A questão relacionada com o presente Auto de Infração diz respeito a operações interestaduais com produtos farmacêuticos, originárias do Estado de São Paulo e destinadas a contribuinte localizado neste Estado, mercadorias estas que estão sujeitas à substituição tributária, por antecipação.

Considerando que o Estado de São Paulo denunciou o Convênio ICMS nº 76/94 – Ato COTEPE ICMS nº 15/97 – e as mercadorias (medicamentos), objeto da autuação, estão arroladas na Portaria nº 270/93, estava o destinatário obrigado a promover o pagamento do imposto na entrada do território deste Estado, vez que o recorrente não possui o regime especial previsto na alínea “c”, inciso II, art. 125 do RICMS/BA.

Na situação em tela o valor do imposto a ser pago pelo destinatário, neste caso o recorrente, terá que ser em consonância com o previsto no Convênio ICMS 76/94, cuja base de cálculo será determinada na forma estabelecida na sua Cláusula Segunda, abaixo reproduzida:

“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 final 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:

(...)”

Do exame nos autos, observo que o fabricante dos produtos constantes das notas fiscais que deram curso a autuação, Laboratório Hexal do Brasil Ltda., disponibiliza e sugere por meio das tabelas presentes nos autos, publicadas através da ABCFARMA, atual FEBRAFARMA, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor, concernentes aos produtos objeto da autuação. No caso em tela a única exceção em relação a referida publicação, relaciona-se ao produto “Amoxina 500mg caps c/8”, a respeito do qual o autuante não efetuou a comprovação da forma como determinou o valor da base de cálculo, ante a ausência de juntada da mencionada tabela quanto a este item.

Por outro lado, não há nos autos a comprovação de que se tratam de produtos “similares” e, mesmo que o fossem, não deixam de ser medicamentos da linha humana, portanto, a base de cálculo para pagamento do imposto por antecipação é aquela, como já disse, sugerida pelo fabricante através das tabelas publicadas via ABCFARMA.

Vale destacar que o recorrente apesar de reconhecer que “a legislação estadual aplicável ao caso é o Convênio ICMS 76/94”, traz aos autos uma interpretação equivocada do seu texto em relação à base de cálculo, ao afirmar que esta será determinada “com o percentual de agregação de 60,07% sobre o valor da nota fiscal”, hipótese que só é possível quando inexistir o valor de que trata o caput da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, o que, não é o caso.

No tocante ao acréscimo ocorrido em relação ao Parágrafo único, art. 3º-A do Decreto nº 7.799 de 09 de maio de 2000, com a edição do Decreto nº 8.666 de 29 de setembro de 2003, mencionado pelo recorrente, a motivação foi a de criar uma fórmula alternativa para cálculo do imposto por antecipação nas aquisições interestaduais de medicamentos. Outro aspecto abordado pelo recorrente, que em nada lhe socorre, diz respeito a menção a legislação tributária vigente no Estado de Minas Gerais, a qual, ante ao princípio da territorialidade previsto no CTN, não produz qualquer eficácia no Estado da Bahia. Aliás, o Estado de Minas Gerais também denunciou o Convênio ICMS nº 76/94, portanto, os efeitos dele decorrentes não mais o atinge.

Por todo o exposto entendo que a exigência fiscal do presente Auto de Infração deve ser alterada, apenas, quanto ao produto “Amoxina 500mg caps c/8”, pelo fato de não existir nos autos o valor do preço máximo de venda a consumidor constante da tabela ABCFARMA, razão pela qual a base de cálculo em relação a este produto será determinada na forma indicada pelo recorrente em seu demonstrativo à fl. 87 dos autos, restando o valor devido de R\$173,27, no tocante a este produto.

Considerando que os demais itens devem permanecer com os valores inalterados, pois o cálculo atende a exigência legal, voto pelo Provimento Parcial deste Recurso Voluntário, para que a exigência fiscal seja reduzida para o valor de R\$5.821,06, na forma abaixo demonstrada:

- Valor originalmente autuado..... R\$ 6.484,29
- (-) Exclusão do cálculo original do produto Amoxina..... R\$ 834,50
- (+) Adequação do cálculo do produto Amoxina..... R\$ 173,27
- (=) Valor total devido..... R\$ 5.821,06

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 0918399-0/03, lavrado contra **WELL PHARMA DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.821,06** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros - José Carlos Barros Rodeiro, Tolstoi Seara Nolasco, César Augusto da Silva Fonseca e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros - Fauze Midlej e José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR / VOTO VENCIDO

TOLSTOI SEARA NOLASCO - VOTO VENCEDOR

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