

A. I. Nº - 000.903.835-3/03
AUTUADO - MSR – FARMA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - NORMANDO COSTA CORREIA
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 28.08.03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0315-03/03

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado na primeira repartição fazendária do percurso, neste Estado, cabendo ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 09/06/03, para exigir o ICMS, no valor de R\$24.277,10, acrescido da multa de 60%, pela fiscalização de trânsito de mercadorias, em decorrência da falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, referente às mercadorias (medicamentos) constantes nas Notas Fiscais nºs 130954, 130955, 130956 e 130957 e procedentes do Estado de Minas Gerais.

O autuado impugnou o lançamento (fls. 15 a 26) inicialmente ressaltando que, no Estado de Direito, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal aos contribuintes, os quais estão descritos no Código Tributário Nacional e no artigo 2º, do RPAF/99.

No mérito, afirma que o lançamento é improcedente, haja vista que a base de cálculo utilizada pela autuante não encontra amparo legal.

Ressalta que o Convênio ICMS nº 76/94 estabelece, por exclusão, três hipóteses para a determinação da base de cálculo do ICMS:

1. o preço constante da tabela sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor (cláusula segunda, 1ª parte);
2. o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (cláusula segunda, 2ª parte);
3. o preço praticado pelo remetente, nas operações com o comércio varejista, incluindo-se o IPI, o frete e outras despesas acrescidas de percentual estabelecido de conformidade com a alíquota praticada pelo Estado destinatário (parágrafo primeiro, cláusula segunda), combinado com o percentual de desconto de dez por cento previsto na cláusula quarta.

Alega que o fisco baiano vem utilizando, como base de cálculo do imposto, o preço sugerido nas revistas do ramo, como a ABC Farma, Kairos etc, violando o citado Convênio ICMS nº 76/94, do

qual a Bahia é signatária, bem como o RICMS/97, “olvidando, indubitavelmente, a legislação pertinente”, uma vez que, não havendo preço máximo fixado por órgão competente no caso dos medicamentos, não é aceitável “que se tome como base de cálculo para recolhimento do ICMS substituto, o preço sugerido por outros fabricantes”.

Prossegue dizendo que, em princípio, se poderia pensar em adotar o preço sugerido pelo industrial, já que alguns laboratórios têm seus preços publicados em revistas farmacêuticas, contudo, diz que “a publicação porventura feita em tais revistas não tem o condão de fixar a base de cálculo porque não são dotados da devida segurança, possuindo caráter meramente informativo”.

Transcreve parte das decisões exaradas pela Primeira Instância deste CONSEF, nos Acórdãos JJJ nºs 0972/01, 1118/99 e 1241/99, e conclui que não há possibilidade de utilização das duas fórmulas, pois a Cláusula segunda do aludido Convênio é clara: somente na falta de preço constante em tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor (conforme a Portaria nº 37/92) é que se pode utilizar o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (preços anunciados em revistas especializadas); e somente na falta deste último, aplicar-se-á a terceira hipótese.

Aduz que, como não há preço fixado por autoridade competente e não há nenhuma comprovação de que tenha publicado ou divulgado seus preços nas revistas farmacêuticas, ou mesmo sugerido ao público, por qualquer meio, os preços de seus medicamentos, entende que deve ser utilizada, como base de cálculo, aquela determinada na Cláusula segunda, § 1º (percentual de agregação) e § 4º (redução de 10%), combinada com as Cláusulas terceira e quarta, todas do multicitado Convênio ICMS nº 76/94, as quais transcreve, *ad litteram*, sobre o preço de fábrica agregado das despesas que o oneram, exatamente como havia procedido.

Salienta que o percentual de agregação, no presente caso, é de 60,07%, a ser aplicado sobre o valor da nota fiscal, em consonância com o que prescreve o artigo 61, inciso II e § 2º, inciso I, do RICMS/97, de acordo com o Parecer da DITRI exarado no Processo nº 1727780012. Finalmente, pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 41), ratifica a autuação dizendo que “as circunstâncias que envolveram o ilícito fiscal estão descritos no Termo de Ocorrência que dá suporte ao Auto de Infração supra citado”. Aduz que o autuado questiona a base de cálculo citando o Convênio ICMS nº 76/94, mas que o próprio convênio na sua cláusula segunda confirma o acerto da ação fiscal.

O autuado volta a se manifestar às fls. 45 a 48, dizendo que o autuante em sua informação fiscal desconsidera os argumentos elencados na peça defensiva. Aduz que o mesmo limita-se a indicar um dispositivo legal, em vez de realizar a subsunção da situação fática do autuado, ou seja, as razões do enquadramento em tal dispositivo indicado na situação prática. Ratifica novamente seu posicionamento contra o fato do fisco baiano vir utilizando, como base de cálculo do imposto, o preço sugerido nas revistas do ramo, como a ABC Farma, entendendo que tal procedimento viola o Convênio ICMS 76/94. Ao final, volta a solicitar a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado, no trânsito de mercadorias, em razão da falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, referente às mercadorias (produtos farmacêuticos) constantes nas Notas Fiscais nºs 130954, 130955, 130956 e 130957 relacionadas na Portaria nº 270/93.

Constata-se que as mercadorias foram remetidas pela empresa Belfar Ltda., situada no Estado de Minas Gerais, unidade da Federação não mais signatária, desde 01/04/01, do Convênio ICMS nº 76/94, que trata do regime da substituição tributária nas operações interestaduais de produtos farmacêuticos.

Em sendo assim, de acordo com o artigo 371 do RICMS/97, “nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, (...) o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação...”

Por outro lado, o pagamento do imposto, acorde a alínea “c” do inciso II do art. 125 do mesmo RICMS/97, deve ser feito no momento da entrada no território deste Estado, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, em se tratando de situações excepcionais, restritas a determinadas mercadorias eleitas por ato específico do Secretário da Fazenda, cujas operações sejam sujeitas à substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna.

Em 23/06/93, foi publicada a Portaria nº 270/93, que estabeleceu a obrigatoriedade de antecipação do pagamento do imposto, na primeira repartição fazendária do percurso, pelos contribuintes adquirentes em outras unidades da Federação, de determinadas mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e relacionadas na Portaria, exceto quando fosse concedido Regime Especial para pagamento do ICMS em data posterior.

Em 13/04/94, foi publicada a Portaria nº 141/94, que acrescentou o inciso VIII à Portaria acima citada, estendendo as suas disposições aos produtos elencados no Protocolo ICM nº 14/85, depois substituídos pelos produtos farmacêuticos listados na Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações, para uso não veterinário, sendo que, posteriormente outros produtos foram acrescentados pela Portaria nº 343/94.

Todas as Portarias citadas, publicadas sob a égide do RICMS/89, foram recepcionadas pelos RICMS/96 e RICMS/97 e continuam em vigor até a presente data.

Dessa forma, conclui-se que o autuado (o destinatário) efetivamente estava obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, a este Estado, na primeira repartição fazendária do percurso, no território da Bahia, nas operações de circulação das mercadorias constantes das Notas Fiscais relacionadas neste lançamento.

O problema, neste lançamento, se resume à forma de apuração da base de cálculo do ICMS, uma vez que o autuado argumentou, em sua peça defensiva, que, como não há preço fixado pela autoridade competente e não há nenhuma comprovação de que tenha publicado ou divulgado seus preços nas revistas farmacêuticas, ou mesmo sugerido ao público, por qualquer meio, os preços de seus medicamentos, deve ser utilizada a base de cálculo determinada na Cláusula segunda, §§ 1º e 4º, combinada com as Cláusulas terceira e quarta, todas do Convênio ICMS nº 76/94, isto é, o preço de fábrica agregado das despesas que o oneram, acrescido da margem de agregação de 60,07% e reduzido de 10%.

O RICMS/97, no inciso I do § 2º do artigo 61, determina que:

Art. 61. (omissis)

§ 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 nº 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS nº 4/95, 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%.

Por sua vez, o Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações posteriores determinam que:

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, do percentual de:

<i>Estados de origem</i>	<i>Estados Destinatários</i>	<i>Percentual de Agregação - Alíquota Interna da UF Destino - 17%</i>
<i>Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo</i>	<i>Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Espírito Santo</i>	<i>60,07%</i>

§ 4º - A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento)."

Verifica-se, da análise dos autos, que a autuante utilizou a fórmula prevista no *caput* da Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, em relação aos produtos sem preços publicados na Revista ABCFARMA, e o cálculo estabelecido no § 1º da Cláusula segunda, para aqueles medicamentos com preços de venda a consumidor constantes na referida publicação. Em ambos os casos, foi aplicado o redutor de 10% determinado no § 4º da mencionada Cláusula segunda.

Segundo o entendimento da PROFAZ (atualmente PGE/PROFIS), reiteradamente acatado por este CONSEF, 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.

Ainda que se considere que não há órgão competente para a fixação de preço de medicamentos, haveria de ser aplicada a segunda fórmula prevista na Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, qual seja, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial constante nas Revistas Farmacêuticas. Somente

inexistindo tal valor é que deveria ser adotado o preço do remetente das mercadorias adicionado das despesas de frete e seguro e da margem de valor agregado, deduzido o percentual de 10%.

Sendo assim, entendo que o valor ora exigido foi calculado de acordo com a legislação em vigor e a jurisprudência deste CONSEF e, para ilustrar, trago à colação o voto da ilustre Conselheira Sra. Verbena Matos de Araújo, prolatado no Acórdão CJF nº 0394-11/03:

VOTO

Neste Recurso Voluntário o recorrente repete a sua defesa apresentada anteriormente sem acrescentar nenhum novo fundamento, como já observado pelo Parecer PGE/PROFIS.

O recorrente deixou de observar as regras para a substituição tributária dos medicamentos adquiridos em outras unidades da Federação, ocasionando, assim, um recolhimento a menos do imposto devido.

Ocorre que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária 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, conforme previsto no Convênio ICMS nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA.

Nesta autuação, como já afirmado pelo relator de 1ª Instância, cumpriu-se o disposto na Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, haja vista que foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelos estabelecimentos industriais, constantes das tabelas de preços publicadas em revistas especializadas.

Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela representante da PGE/PROFIS e Nego Provimto ao Recurso Voluntário, uma vez que não há qualquer ilegalidade na base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, pois a mesma foi calculada corretamente de acordo com o Convênio ICMS nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA.

Por tudo quanto foi exposto, 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 **000.903.835-3/03**, lavrado contra **MSR FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.277,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA