

A. I. Nº - 088989.0717/03-9
AUTUADO - IBOTIRAMA COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTE - HUGO CESAR OLIVEIRA MELO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTRANET - 29.12.03

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0509-03/03

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. 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 determinado pela legislação. Após refeitos os cálculos, foi reduzido o débito originalmente apontado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 17/07/03, para exigir o ICMS, no valor de R\$8.373,29, acrescido da multa de 60%, pela fiscalização de trânsito de mercadorias, em decorrência do recolhimento a menos do imposto, por antecipação tributária, referente às mercadorias (medicamentos) constantes nas Notas Fiscais nºs 002838, 002839 e 002840 e procedentes do Estado de Minas Gerais.

O autuado impugnou o lançamento (fl. 36) inicialmente pedindo a sua anulação porque cria “uma base de cálculo astronômica, com base em site na Internet, superfaturando e fugindo da realidade do comércio atacadista de medicamentos”.

No mérito, afirma que o lançamento é improcedente, porque já efetuou o pagamento devido, no dia 26/06/03, no valor de R\$2.309,01, conforme os cálculos que apresenta e o DAE acostado à fl. 37 dos autos.

Ressalta que os §§ 1º e 2º do artigo 61 do RICMS/97 e o § 3º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 são aplicáveis a empresas do ramo atacadista e não às do ramo varejista de medicamentos.

A auditora designada, em sua informação fiscal (fls. 42 a 44), rebate as alegações defensivas aduzindo que o autuado se equivoca ao argumentar que a alínea “a” do inciso II do artigo 61 do RICMS/97 e o § 3º da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, não se aplicam ao comércio varejista de medicamentos.

Salienta que os preços de medicamentos utilizados para a apuração da base de cálculo, na presente autuação, foram fixados ou sugeridos pelo fabricante (Medquímica Indústria Farmacêutica Ltda.), publicados na Revista SIGMAFARMA e divulgados através do site “www.consultaremedios.com.br”,

conforme os documentos de fls. 7 a 10 e 14 a 30 do PAF, aplicando-se o inciso I do artigo 61 do RICMS/97 e o *caput* da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e não os dispositivos mencionados pelo contribuinte.

Entretanto, alega que deve ser utilizado o preço máximo de venda a consumidor referente à alíquota do Estado de origem, razão pela qual deve ser retificado o levantamento elaborado pelo autuante, para se aplicar os preços da terceira coluna – PMC 18%. Após tais considerações, refaz a planilha de fls. 31 e 32 dos autos e apura o ICMS a recolher de R\$9.399,20, relativamente à quase totalidade dos produtos farmacêuticos constantes nos documentos fiscais mencionados.

Ressalta, todavia, que o medicamento “DIPIMED gotas FRS c/ 10 mls” não possui preço máximo de venda a consumidor e, dessa forma, deve ser aplicada a MVA (56,78%) ao valor constante na nota fiscal, calculado o imposto e deduzido o crédito fiscal, resultando no débito a ser exigido de R\$441,47.

Conclui dizendo que o ICMS total que deveria ter sido recolhido pelo autuado deveria ser de R\$9.840,67, já deduzidos os créditos constantes nas respectivas notas fiscais. Como o contribuinte recolheu a importância de R\$2.309,01, diz que deverá ser exigida a diferença de R\$7.531,66, acrescida da multa de 60% prevista legalmente.

Tendo em vista que foram anexados novos elementos à informação fiscal, o autuado foi intimado a se manifestar (fls. 47 e 48), mas preferiu não fazê-lo.

Às fls. 49 a 52, foram juntados documentos que comprovam o pedido e a posterior autorização da SEFAZ para que se efetuasse a transferência, como fiel depositário, da Empresa de Transporte Atlas Ltda. para o autuado.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, considerando que o Auto de Infração foi lavrado atendendo a todas as formalidades legais.

No mérito, o presente lançamento foi realizado no trânsito de mercadorias, em razão do recolhimento a menos do ICMS, por antecipação tributária, referente às mercadorias (produtos farmacêuticos) constantes nas Notas Fiscais nºs 002838, 002839 e 002840 e relacionadas na Portaria nº 270/93.

Constata-se que as mercadorias foram remetidas pela empresa Medquímica Indústria Farmacêutica Ltda., situada no Estado de Minas Gerais, unidade da Federação não mais signatária, desde 01/04/01, do Convênio ICMS 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 subsequentes 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 14/85, depois substituídos pelos produtos farmacêuticos listados na Cláusula primeira do Convênio ICMS 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, nesta autuação, se resume à forma de apuração da base de cálculo do ICMS, uma vez que o autuado argumentou, em sua peça defensiva, que já efetuou o pagamento devido, no dia 26/06/03, no valor de R\$2.309,01 e que os §§ 1º e 2º do artigo 61 do RICMS/97 e o § 3º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 são aplicáveis a empresas do ramo atacadista e não às do ramo varejista de medicamentos.

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 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS 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 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, tomada-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:

Estados de origem	Carga tributária de 18% na UF de origem		
	Alíquota interna na UF de destino		
	12%	17%	18%
Alíquota interestadual de 7%	56,78%	56,78%	56,78%

§ 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).

Observo que, 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 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 deve 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%.

Verifica-se, da análise dos autos, que a auditora que prestou a informação fiscal retificou o demonstrativo elaborado pelo autuante, utilizando a fórmula prevista no *caput* da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, em relação aos produtos com preços publicados na Revista SIGMAFARMA, e o cálculo estabelecido no § 1º da Cláusula segunda, para aqueles medicamentos sem preços de venda a consumidor constantes na referida publicação.

Ocorre que a auditora se equivocou ao aplicar o redutor de 10% da base de cálculo, determinado no § 4º da Cláusula segunda do mencionado Convênio ICMS 76/94, apenas em relação aos medicamentos com preços de venda a consumidor publicados em revistas especializadas (no caso a SIGMAFARMA) e, portanto, deve ser retificado o cálculo relativo ao medicamento “DIPIMED gotas FRS c/ 10 mls” da seguinte forma:

Valor constante na Nota Fiscal 002838.....	2.246,40
MVA (56,78%)	1.275,51

Base de Cálculo Substituição Tributária	3.521,91
Base de Cálculo Reduzida (10%).....	3.169,72
ICMS (17%).....	538,85
ICMS destacado na Nota Fiscal (7%).....	157,25
ICMS a recolher	381,60

Em resumo, o montante a ser exigido nesta autuação deve ser de R\$9.399,20 (referente aos medicamentos com preços publicados em revistas especializadas) e R\$381,60 (relativo ao medicamento sem preço de venda a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante), totalizando a importância de R\$9.780,80. Como o autuado já efetuou o pagamento do imposto no valor de R\$2.309,01, antes da ação fiscal, o débito deve ser reduzido para R\$7.471,79.

Saliente-se por fim que, mesmo após intimado da informação fiscal, o autuado não se manifestou, demonstrando tacitamente a sua concordância com os valores apresentados.

Por tudo quanto foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 088989.0717/03-9, lavrado contra **IBOTIRAMA COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.471,79**, 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 dezembro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO- JULGADORA