

PROCESSO - A.I. N° 088989.0908/03-9
RECORRENTE - NORDESTÃO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0116-04/04
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 20/07/04

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0218-11/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E RELACIONADAS NA PORTARIA N° 270/93. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Com relação às mercadorias arroladas na Portaria n° 270/93, o imposto deverá ser pago, por antecipação tributária, no momento do ingresso das mercadorias no território baiano, tomando como base de cálculo o preço máximo de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante. Infração parcialmente comprovada. Refeitos os cálculos. Razões arguidas no recurso não são suficientes para modificar a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo autuado, através de seus representantes legais, contra Acórdão n° 0116-04/04 da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em exame, lavrado no trânsito de mercadoria, exigindo o ICMS no valor de R\$3.737,19, em razão de erro na apuração da base de cálculo para fins de antecipação sobre medicamentos constantes nas Notas Fiscais n^{os} 36677 e 36678.

O autuado impugnou o lançamento tributário, às fls. 35 e 41, esclarecendo que comercializa com diversas mercadorias, em especial, medicamento e equipamentos hospitalares. Alega que os medicamentos objeto da presente lide têm por finalidade atender contratos com hospitais públicos e Prefeituras Municipais, não sendo destinado para comercialização em estabelecimentos farmacêuticos.

Salienta que, sendo as mercadorias direcionadas para hospitais públicos e prefeituras, o preço final nunca será o mesmo determinado pela tabela que regula a venda em farmácias.

Assegura que da análise superficial do Auto de Infração já se demonstra suficiente para concluir-se pela improcedência, tendo em vista que o autuado não se enquadra em nenhum dos artigos apontados pela fiscalização, pois não existiu o erro na apuração da base de cálculo para fins de antecipação tributária.

Aduz que não existe base ou fundamento legal para a exigência pretendida na ação fiscal, pois, não se encontra comprovada a ocorrência de erro na base de cálculo utilizada pelo autuado para recolher o imposto devido.

Ao finalizar, requer que seja declarada a Improcedência do Auto de Infração.

Na Informação Fiscal, às fls. 83 a 85, a auditora designada contesta os argumentos defensivos, dizendo que não assiste razão ao autuado, cuja defesa consiste em alegar que vende medicamentos principalmente para hospitais e que não houve erro na apuração da base de cálculo. Contudo, o erro evidencia-se ao se confrontar os valores do ICMS recolhidos, conforme documentos às folhas 19 e 20, com os valores apurados nas planilhas às folhas 8 e 13, relativas às Notas Fiscais nºs 36.677 e 36.678, respectivamente, cuja diferença é exigida através do presente PAF.

Salienta que os valores cobrados na autuação foram apurados com base nos preços sugeridos pelos fabricantes e divulgados em publicações do ramo, conforme documentos às folhas 9 a 11 e 14 a 17, obedecendo ao disposto no artigo 61, parágrafo 2º, do RICMS/97 e no Convênio nº 76/94, cláusula segunda, que define a base de cálculo para fins de antecipação tributária.

Assegura que não há nos textos legais qualquer exceção a respeito da destinação dos medicamentos para hospitais numa operação subsequente, destinação, aliás, impossível de ser comprovada.

Ressalta que, para os medicamentos “propanox 40mg c/ 500 comprs.” e “propanox 80mg c/ 500 comprs.”, não existe preço máximo para consumidor publicado, devendo ser apurada a base de cálculo, neste caso, adicionando-se a MVA de 56,78 ao valor da operação. Assim, os valores de R\$77, 54 e R\$148,28, consignados na planilha à folha 13, devem ser substituídos pelo valor de R\$ 35,26, referente ao total dos dois medicamentos (R\$ 132,30 + MVA 56,78% + R\$ 207,41 x 17% = R\$ 35,26). Reduzindo o imposto devido para R\$ 3.546,63.

Ao finalizar, opina pela Procedência em Parte do Auto de Infração, no valor de R\$ 3.546,63.

O relator da Junta de Julgamento Fiscal proferiu o seguinte voto:

“O fundamento da autuação foi em razão do autuado haver efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, sobre mercadorias enquadradas na Portaria nº 270/93, medicamentos.

Verifica-se que as mercadorias encontram-se listadas no rol das enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo Convênio ou Protocolo firmado entre o Estado de origem e o Estado da Bahia. Desta forma, a antecipação tributária deve ser feita atendendo as normas estabelecidas através da Portaria nº 270/93.

Em sua defesa, o contribuinte reconhece que adquiriu medicamentos do emitente, porém, assevera que a antecipação tributária foi realizada corretamente, uma vez que comercializa para hospitais públicos e prefeituras, não sendo admissível a utilização das tabelas de preços para consumidor final.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois o auditor autuante acostou, às folhas 9 a 11 e 14 a 17, publicações dos preços sugeridos pelos fabricantes, não existindo previsão legal para tratamento diferenciado requerido pelo autuado.

Neste mesmo sentido, o art. 61, § 2º, I, do RICMS/97, determina que, para efeitos de antecipação tributária, nas operações com produtos farmacêuticos, a base de cálculo será apurada em consonância com o Convênio ICMS Nº 76/94. Para melhor entendimento da questão, transcrevo a Cláusula Segunda do citado Convênio, a qual determina a forma de apuração da base de cálculo:

“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.”

No presente PAF, observo que os documentos de fls. 09, 10, 11, 14, 15, 16 e 17 comprovam a existência, para quase todas as mercadorias em questão, de preço máximo de venda a consumidor final publicado por revista especializada. Dessa forma, a base de cálculo do imposto devido por antecipação tributária é a prevista no caput da Cláusula segunda do Convênio ICMS Nº 76/94. Somente se esse preço não existisse é que se utilizaria o disposto no § 1º da Cláusula segunda do referido Convênio. Entretanto em relação ao produto “propanox 40 mg c/500 comprs” e “propanox 80 mg c/500 comprs.”, não há preço máximo de venda, devendo ser apurada a base de cálculo, para os dois produtos, adicionando-se a M.V.A., conforme demonstrado na informação fiscal e relatado acima, devendo o imposto exigido na presente lide ser reduzido para R\$ 3.546,63.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$3.546,63”.

O autuado irresignado com o julgamento proferido pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, interpôs Recurso Voluntário, através de seus representantes legais, alegando que o Auto de Infração é fruto de mal entendimento do fiscal autuante, e que, por conseguinte, a Decisão que julgou Parcialmente Procedente a autuação.

Faz alusão ao objeto da autuação como sendo “*Erro na base de cálculo para fins de antecipação tributária*” e transcreve os dispositivos indicados pelo autuante.

Alega que a Decisão de 1ª Instância requer reforma em razão dos equívocos que a circundam, a fim de que estes sejam sanados. Diz que apesar da referida Decisão ter sido fundamentada em normas do ordenamento jurídico brasileiro, pede vênia para afirmar que incorreu em erro e que espera que não seja a Decisão influenciada pelo interesse arrecadatório deste Estado.

Quanto ao mérito, diz que é um estabelecimento que comercializa com diversas mercadorias, inclusive medicamentos e equipamentos hospitalares. Assevera que as Notas Fiscais de nºs 36678 e 36677 emitidas pela Royton Química Farmacêutica Ltda, foram objeto de apreensão das mercadorias nelas descritas e a Transportadora Itapemirim S/A como depositária, em seguida lavrou-se o Auto de Infração. Aduz que o preço final dessas mercadorias não pode ser determinado pela tabela que regula a venda em estabelecimentos comerciais, por que a sua finalidade não é o comércio em estabelecimentos farmacêuticos, mas em atendimento de hospitais públicos e Prefeituras Municipais.

Diz que não está havendo erro no cálculo do tributo, uma vez que as vendas conforme notas fiscais de saídas podem demonstrar os argumentos quanto à regularidade nas operações. E prossegue alegando que não está comprovada a ocorrência de erro na base de cálculo utilizada pelo autuado para recolhimento do imposto devido.

Menciona ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, e lembra que o lançamento tributário é um ato vinculado, esclarecendo que há uma dependência absoluta da atividade do agente administrativo em relação à lei, não podendo agir livremente na aplicação da lei, não pode dispensar o tributo e também não pode cobrá-lo sem que seja devido.

Cita o Princípio da capacidade contributiva. E que não há o que se falar na ocorrência de erro na base de cálculo utilizada pelo recorrente para o recolhimento do imposto devido.

Assevera que tanto o autuante quanto os julgadores do primeiro grau cometeram equívoco, ao disporem sobre o suposto erro na base de cálculo para fins de antecipação tributária.

Transcreve entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acerca da base de cálculo, em que não admite a fixação da base de cálculo baseado em pautas de preços ou valores, considerando que é o valor da operação de que decorrer à saída da mercadoria.

Finaliza a peça recursal requerendo a Improcedência do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS se manifesta dizendo que ficou evidenciado nos autos e confirmado pelos julgamentos subseqüentes que o autuado não praticava a base de cálculo prevista em Convênio ICMS nº 76/94 para esta operação, ou seja, o preço máximo de venda a consumidor final, publicado na tabela da ABCFARMA.

Diz que a alegação do recorrente de que executava vendas para hospitais públicos e Prefeituras Municipais e não para consumidor final, o que lhe autoriza por lei a praticar preço diferenciado, foi analisado e rebatido no julgamento, pois o que alega o autuante foi acatado pela Junta em relação ao argumento expedito, para fundamentar suas conclusões transcreveu a legislação pertinente.

Conclui que considera correta a Decisão recorrida e não há provas de que as operações tenham regramento diverso do aplicado na autuação. Opina pela manutenção da Decisão e pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O cerne da lide resultou da acusação de ter o recorrente incorrido em erro na base de cálculo para fins de Antecipação Tributária, sobre mercadorias enquadradas (medicamentos), na Portaria nº 270/93 referente às Notas Fiscais nºs 36678 e 36677.

O recorrente alega que não efetua vendas para consumidor final, mas apenas para hospitais públicos e prefeituras, e que não utiliza as tabelas de preços para consumidor final.

Ocorre que o autuante anexou as publicações dos preços sugeridos pelos fabricantes, e a legislação no art. 61 § 2º, I do RICMS/97 determina que a base de cálculo será apurada com base no Convênio nº 76/94.

Ademais, as mercadorias foram adquiridas em São Paulo, que não é um Estado signatário do Convênio ou Protocolo com o Estado da Bahia, e neste caso, em se tratando de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, o modo de antecipação deve ser feita conforme determina a Portaria nº 270/93.

Verifico que o autuante demonstrou às fls. 8 e 13, o cálculo do imposto referente aos produtos constantes das citadas notas fiscais, constatando-se um recolhimento a menos do que o efetuado pelo recorrente nos DAES de fls 20 e 22 dos autos. E na informação fiscal os valores foram

corrigidos, referentes aos produtos em que não há preço máximo para consumidor publicado nas revistas, reduzindo o valor do débito.

Neste sentido, razão não assiste ao recorrente quando alega que “*apesar da referida Decisão ter sido fundamentada em normas do ordenamento jurídico brasileiro, “permissa venia”, incorreu em lamentáveis equívocos*”.

Ocorre que não há previsão legal de qualquer exceção a respeito da destinação dos medicamentos para hospitais e prefeituras. O imposto foi exigido por antecipação como determina a Portaria nº 270/93, e por ter sido recolhido a menos, deu ensejo a autuação.

Quanto à alegação de que o preço das mercadorias não pode ser o mesmo determinado pela tabela que regula a venda em estabelecimentos comerciais, o recorrente não fez prova de que as operações realizadas tenham tratamento diferente daquele que foi aplicado pelo autuante.

Deste modo, considero que a questão já foi enfrentada no julgamento de 1ª Instância, e concordo com a manifestação da PGE/PROFIS que a Decisão recorrida deve ser mantida, sendo, portanto, o Recurso Voluntário, NÃO PROVIDO.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 088989.0908/03-9, lavrado contra **NORDESTÃO COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$3.546,63, 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, 22 de junho de 2004.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

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