

PROCESSO - A. I. Nº 299333.0101/03-8
RECORRENTE - M. S. FARMA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JF nº 0194/04/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 21/09/2004

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0302-11/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA RELACIONADA NA PORTARIA Nº 270/93. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Com relação às mercadorias arroladas na Portaria nº 270/93, o imposto deverá ser pago, por antecipação tributária, no momento do seu ingresso no território baiano. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte objetivando contraditar a Decisão da 4ª JF contida no Acórdão de nº 0194/04/04 que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 17/12/03 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exigindo ICMS no valor de R\$ 7.577,32, em decorrência da falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, na primeira repartição fazendária do percurso, referente às mercadorias arroladas na Portaria nº 270/93 e consignadas nas Notas Fiscais nºs 44572, 44801, 45080, 45081 e 44802, procedentes de outro Estado, sem que o autuado tenha regime especial.

O autuado, na sua oportunidade de defesa, alegara que os autuantes fundamentaram o lançamento em mera presunção. Disse que a obrigação de pagar tributo nasce com a ocorrência do fato gerador, definido em lei, sendo necessário identificar a figura tributável e os elementos constitutivos indispensáveis: pessoal, material, espacial e temporal. Aduz que o procedimento administrativo é presidido pelos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada. Cita os artigos 155, inciso II, da Constituição Federal, e 142, do CTN, bem como doutrina para embasar suas alegações.

Asseverara que o Convênio ICMS nº 76/94 prevê que o percentual de agregação a ser aplicado sobre o valor da nota fiscal é de 60,07%, como dispõe o art. 61, II, e § 2º, I, do RICMS-BA/97, e, no entanto, o autuante considerou o preço constante em revista de medicamento, para exigir o ICMS antecipado sobre medicamentos da linha similar. Explica que o preço máximo de venda deveria ser fixado por órgão competente, porém, no caso de produtos farmacêuticos da linha similar, não existe tal órgão e, portanto, não se pode tomar por base os preços publicados em tabelas da ABCFARMA. Ressaltara que entre os fabricantes de medicamentos éticos, genéricos e similares existem interesses conflitantes e, portanto, a ABCFARMA não é competente para preencher a lacuna decorrente da inexistência de órgão oficial que fixe o preço máximo de venda.

Esclareceu que o preço praticado na venda a consumidor de medicamento ético, por exigência dos fabricantes, é tabelado. No entanto, o preço praticado na venda a consumidor de medicamento similar é significativamente inferior ao tabelado, pois os fabricantes da linha genérica, especialmente da similar, permitem a negociação com flexibilidade de preços.

Disse que, caso a ABCFARMA tenha competência para publicar preços máximos de venda a

consumidor, essa competência poderia talvez preencher a lacuna dos medicamentos éticos, uma vez que os laboratórios exigem que o preço máximo de venda ao consumidor seja o tabelado. Já com relação aos similares e genéricos, diz que tal fato não ocorreria, pois os laboratórios incentivam a venda a preços equivalentes, no máximo, 30% do preço tabelado.

Ressaltara que a carga tributária atribuída aos estabelecimentos distribuidor e farmacêutico da linha ética é significativamente inferior à atribuída aos distribuidores e farmácias que comercializam medicamentos da linha similar, em função de crédito recebido pelo distribuidor da linha ética. Frisa que, segundo o princípio da seletividade, a tributação dos medicamentos da linha similar e genérica deveria ser inferior à tributação da linha ética. Para embasar as suas alegações, transcreve o artigo 22 da Lei nº 14.062, de 20/11/01, do Estado de Minas Gerais.

Aduzira que o Estado da Bahia, reconhecendo que a utilização de preços publicados na Revista da ABCFARMA implica carga tributária de medicamentos similares superior a de medicamentos éticos, editou o Decreto nº 8.666, de 29/09/03, visando acabar com a desigualdade de carga tributária. Transcreve o artigo 8º do citado Decreto.

Disse que, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a base de cálculo do imposto a ser utilizada é a prevista na cláusula 2ª (percentual de agregação de 60,07%) e § 4º (redução de 10%), combinados com as cláusulas 3ª e 4ª, todas do Convênio ICMS nº 46/94 [76/94], especialmente por se tratar de medicamento da linha similar.

Ao concluir, solicita que a base de cálculo do imposto fosse apurada a partir do valor da operação consignado na nota fiscal emitida pelo fabricante ou distribuidor. Protestam por todos os meios de prova admitidos em direito, pela juntada posterior de documentos e pela realização de perícia e, em seguida, pede a improcedência da autuação.

A auditora designada para prestar a informação fiscal afirmou, às fls. 62 a 64, que conforme a cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, a base de cálculo do imposto 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. Frisa que, como há preço máximo ao consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial (fls. 17 a 28), esta é a base de cálculo, não cabendo a aplicação de qualquer percentual.

Disse que a norma tributária não faz qualquer ressalva à natureza do medicamento, não distinguindo entre éticos, genéricos ou similares, para efeito de determinação da base de cálculo. Frisa que o art. 3º-A, do Decreto nº 7.799/00, não se aplica ao autuado, pois é referente à forma de cálculo do imposto a ser adotada excepcionalmente por empresas que adquirem medicamentos em laboratórios de Estados não signatários do Convênio ICMS nº 76/94, mediante regime especial. Ao finalizar, opinou pela procedência do Auto de Infração.

No seu Recurso Voluntário, o recorrente repete todos os argumentos trazidos na impugnação inicial (resumo acima, transcrito do relatório da Decisão de Primeira Instância), razão pela qual considero desnecessário repeti-los.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, pontuou que da análise dos autos, entende que a substituição tributária relativa a medicamentos da linha humana submete-se, no caso, ao Convênio 76/94 que assim dispõe sobre a base de cálculo:

“A base de cálculo do imposto para... 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.”

Destaca que o Convênio nº 76/94 estabelece uma base de cálculo alternativa, ou seja, em havendo preço sugerido pelo órgão competente, esse deve ser utilizado como base de cálculo, apenas aplicando o valor da operação quando aquele faltar.

Já a Portaria Ministerial nº 37/92, eleva as listas fornecidas pelas indústrias à categoria de preço sugerido pelo órgão competente, já que essa norma impositiva estabelece a forma de proceder ao cálculo para chegar-se a tais preços. Portanto, as listas publicadas pela ABC FARMA não são preços sugeridos livremente pelo industrial, pois, repito, revelam a limitação da margem de comercialização, segundo os ditames do § 1º da Portaria Ministerial nº 37/92.

Não verifica distinção na legislação quanto ao fato de serem medicamentos genéricos ou similares, ate porque os preços indicados nas revistas são desses próprios medicamentos, já contemplando portanto, os preços inferiores praticados.

Verificou que as listas anexadas pelo autuante revelam os preços praticados, que foram adotados como base de cálculo.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

A base de cálculo da antecipação tributária atendeu ao que determina o Convênio nº 76/94 do § 2º do artigo 61 do RICMS/BA, que recomenda que 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. O que ficou comprovado para as mercadorias em questão, de preço máximo de venda a consumidor final sugerido pelo fabricante (Laboratório Globo Ltda.), nas fls 17 a 28. 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, como pleiteia o autuado. Dessa forma, entendo que foi correto o procedimento do autuante e que é devido o valor exigido na autuação.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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** o Auto de Infração nº 299333.0101/03-8, lavrado contra **M. S. FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.577,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

ERATÓSTENES MACÊDO DA SILVA - RELATOR

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