

A. I. Nº - 088989.0813/03-8
AUTUADO - CORDEIRO COM. DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTE - HUGO CESAR OLIVEIRA MELO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 02.04.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0071-03/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO A MENOS 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. Infração caracterizada. Rejeitado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 29/08/03, para exigir o ICMS no valor de R\$13.251,64, 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 em diversas notas fiscais e procedentes do Estado de Minas Gerais.

O autuado impugnou o lançamento por meio de advogado (fls. 69 a 79) inicialmente discorrendo sobre os fundamentos jurídicos do dever de pagar o tributo, os elementos constitutivos da hipótese de incidência e os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, este último configurado no conteúdo material da norma legal. Cita a doutrina, apresenta as definições de fato gerador e de lançamento previstas no Código Tributário Nacional e argumenta que o fato gerador não pode existir por ficção legal ou ser declarado existente por mera presunção dos autuantes.

Aduz que deve ser aplicada a regra do artigo 61, inciso II e § 2º, inciso I, do RICMS/97, para a apuração da base de cálculo do ICMS, qual seja, o percentual de 60,07%, a título de MVA, incidente sobre o valor da nota fiscal, e não o preço constante em revistas especializadas (ABC FARMA, CIRUS etc), como efetuado pelo preposto fiscal. Argumenta que, no caso de produtos farmacêuticos da linha similar, não há preço máximo fixado por órgão oficial competente e, portanto, não pode ser exigido o imposto com base em tabela publicada pela ABCFARMA, inclusive, porque entre os fabricantes de “medicamentos éticos, genéricos e similar existem interesses conflitantes, especialmente na briga pela conquista do mercado consumidor”.

Admitindo, *ad argumentandum*, a possibilidade de a ABCFARMA publicar os preços máximos de venda a consumidor, na falta de um órgão oficial competente, alega que tal competência “poderia talvez preencher a lacuna dos medicamentos da linha ética, posto que os laboratórios que fabricam medicamentos da linha ética exigem que o preço de venda ao consumidor seja exatamente o

tabelado, porém, o mesmo não acontece com os laboratórios das linhas similar e genérico” e que “estes incentivam a venda a preço equivalente a, no máximo, 30% do preço tabelado”.

Ressalta que as vendas de medicamentos da linha similar são feitas com descontos elevados, gerando a utilização, pelos adquirentes, de créditos fiscais inferiores às vendas de produtos farmacêuticos da linha ética e que, por essa razão, o Estado de Minas Gerais editou a Lei nº 14.062, de 20/11/01 (a qual transcreve), cancelando todos os créditos tributários em cujo lançamento o Fisco tivesse adotado, como base de cálculo para fins de substituição tributária do imposto, o preço máximo de venda a consumidor sugerido por tabelas divulgadas por entidades representativas do comércio varejista de medicamentos.

Observa que o Estado da Bahia, reconhecendo que a utilização da tabela de preços publicada na Revista da ABCFARMA provocava uma carga tributária do medicamento similar superior à do medicamento ético, editou o Decreto nº 8.666, de 29/09/03, visando a acabar com a distorção e a desigualdade existentes. Transcreve o parágrafo único do artigo 8º do mencionado Decreto.

Conclui solicitando que a base de cálculo do ICMS seja apurada a partir do valor da operação, consignado na nota fiscal de venda emitida pelo fabricante, acrescido da MVA de 60,07% e reduzido de 10%, conforme o disposto na Cláusula segunda, §§ 1º e 4º, combinado com as Cláusulas terceira e quarta, todas do Convênio ICMS nº 76/94.

Por fim, protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive a revisão do procedimento por fiscal estranho ao feito, e pede a improcedência do Auto de Infração.

A auditora designada, em sua informação fiscal (fls. 87 a 89), rebate as alegações defensivas afirmando que a base de cálculo foi apurada pelo autuante, em conformidade com o § 2º do artigo 61 do RICMS/97, com base no disposto na Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações posteriores, isto é, o valor correspondente ao preço de venda a consumidor, constante de tabela e fixado pelo órgão competente, ou, na falta deste, sugerido pelo fabricante.

Salienta que a norma tributária não faz nenhuma distinção entre os medicamentos, sejam éticos, genéricos ou similares, instituindo apenas a condição fundamental de existência ou não de preços máximos ao consumidor sugeridos pelo fabricante.

Alega que, embora o autuado mencione o artigo 3º-A, do Decreto nº 7.799/00, tal dispositivo não apóia a sua defesa, porque ele se refere 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.

Observa que, no caso em análise, “houve uma simulação de regularidade, ao ser feito o pagamento antecipado do ICMS, através de GNREs, porém com valores subfaturados, demonstrando claramente [a] intenção de burlar a ação fiscal, obrigando-se a autuada ao pagamento da diferença de ICMS devida, acrescida da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96”.

Finalmente, opina pela procedência do Auto de Infração.

Foram juntados ao PAF documentos que comprovam o pagamento parcelado do débito, (fls. 91 a 95).

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado, 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 041987, 042056, 042055, 042128, 042165 e 042164 e relacionadas na Portaria nº 270/93.

Constata-se que as mercadorias foram remetidas pela empresa Laboratório Globo 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 continuaram em vigor até o dia 28/02/04, quando foram revogadas pela Portaria nº 114/04.

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, como não há preço fixado pela autoridade competente para os produtos farmacêuticos da “linha similar” (e, ainda que se considerasse que a ABCFARMA tenha competência para tal mister, no máximo, poderia sugerir os preços dos medicamentos da “linha ética”), em seu entendimento, deveria ser aplicada a regra do artigo 61, inciso II e § 2º, inciso I, do RICMS/97, para a apuração da base de cálculo do ICMS, qual seja, o percentual de 60,07%, a título de MVA, incidente sobre o valor da nota fiscal, e não o preço constante em revistas especializadas (ABC FARMA, CIRUS etc), como efetuado pelo preposto fiscal.

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 (...):

(...)

§ 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 o autuante utilizou a fórmula prevista no *caput* da Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, em relação aos produtos com preços publicados em Revista especializada, aplicou o redutor de 10% determinado no § 4º da mencionada Cláusula segunda e, finalmente, apurou um débito superior àquele indicado nas GNREs acostadas às fl. 7 a 12, conforme o demonstrativo e as tabelas de preços fornecidas pelo fabricante das mercadorias - Laboratório Globo Ltda. - e acostadas ao processo às fls. 6 e 19 a 41.

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%, conforme adotado pelo sujeito passivo.

Saliento, por oportuno, que a legislação em vigor na Bahia não faz nenhuma espécie de distinção, quanto à fixação da base de cálculo do ICMS em relação aos medicamentos, sejam “éticos”, “similares” ou “genéricos”.

O contribuinte ressaltou, ainda, que as vendas de medicamentos da linha similar são feitas com descontos elevados, gerando a utilização, pelos adquirentes, de créditos fiscais inferiores às vendas de produtos farmacêuticos da linha ética e que, por essa razão, o Estado da Bahia, reconhecendo que a utilização da tabela de preços publicada na Revista da ABCFARMA provocava uma carga tributária do medicamento similar superior à do medicamento ético, editou o Decreto nº 8.666, de 29/09/03, visando a acabar com a distorção e a desigualdade existentes.

Quanto ao Decreto nº 8.666/03, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 3º-A, do Decreto nº 7.799/00, transcrito pelo autuado em sua peça de defesa, devo ressaltar o seguinte:

1. o Decreto nº 7.799/00 prevê reduções de base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas realizadas por estabelecimentos com códigos de atividade relacionados em seu Anexo Único, desde que atendidos certos limites de faturamento e condições estabelecidas, devendo-se observar que a atividade desenvolvida pelo autuado não consta do referido Anexo Único;
2. o artigo 3º-A, do Decreto nº 7.799/00 estabelece que, nas aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do artigo 353, do RICMS/97 (produtos farmacêuticos de uso não veterinário), por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subseqüentes, quando feitas diretamente a estabelecimentos industriais, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53%, sem prejuízo da redução prevista no § 2º do artigo 61 do RICMS/97 (10%), de tal forma que a carga de imposto resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15%;
3. o parágrafo único do artigo 3º-A, do Decreto acima mencionado foi acrescentado pelo Decreto nº 8.666/03, publicado no Diário Oficial do Estado de 30/09/03, portanto, em data posterior aos fatos geradores relatados neste Auto de Infração, não podendo ser aplicado à situação em análise;
4. por outro lado, o artigo 7º, do citado Decreto nº 7.799/00 determina que a utilização do tratamento tributário previsto no 3º-A ficará condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Administração Tributária - DAT da circunscrição fiscal do contribuinte, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

Da análise dos autos, constata-se que o autuado não trouxe ao PAF a prova de que firmou o Termo de Acordo previsto na legislação para usufruir o benefício de redução de base de cálculo e, sendo assim, entendo que o valor ora exigido foi calculado de acordo com a legislação vigente e a jurisprudência deste CONSEF. 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 Provimento 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 nº 76/94, combinado com o artigo 61, I do RICMS/BA.

Finalmente, relativamente à Lei nº 14.062/01, editada pelo Estado de Minas Gerais e transcrita pelo contribuinte, é óbvio que não tem aplicação no território baiano.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, homologando-se os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088989.0813/03-8**, lavrado contra **CORDEIRO COM. DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.251,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, homologando-se os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA