

A. I. N° - 269278.0910/03-7

AUTUADO - COMPRATES COMERCIAL FARMACÊUTICA E HOSPITALAR [LTDA.]

AUTUANTES - SÍLVIO CHIAROT DE SOUZA e GERVANI DA SILVA SANTOS

ORIGEM - IFMT-DAT/SUL

INTERNET - 27.05.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0170/01-04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA A CONSUMIDOR COMO BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO. A defesa não provou que o imposto foi antecipado com base nos preços de fábrica, acrescidos das despesas e da margem de valor adicionado. Refeitos os cálculos, haja vista que no levantamento fiscal existem produtos em relação aos quais não há preços máximos de venda a consumidor publicados nas revistas do setor farmacêutico. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 5/9/03, acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos, por não serem observados no cálculo os preços a consumidor da revista *ABCFARMA*. Imposto lançado: R\$ 2.544,29. Multa: 60%.

O contribuinte defendeu-se alegando que os medicamentos objeto da ação fiscal não têm seus preços publicados na lista da *ABCFARMA*, pois não são destinados a consumidor final, e sim a órgãos públicos, hospitais e clínicas, e para estas entidades os preços são inferiores aos dos produtos vendidos nas farmácias, por uma série de fatores. Salienta que nas mercadorias cujo imposto se encontra aqui em discussão consta impressa a observação: “Venda proibida ao comércio”. O autuado juntou declaração do laboratório fabricante assegurando que os produtos relativos à Nota Fiscal em questão são direcionados à linha hospitalar. Juntou comprovante do pagamento efetuado ao laboratório, para demonstrar que o total pago corresponde ao valor da operação constante na Nota Fiscais, mais o imposto relativo à GNRE, a fim de tornar patente que não houve subfaturamento. Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente.

A auditora designada para prestar a informação manifestou-se dizendo que o imposto exigido neste Auto se refere às operações relativas a vendas hospitalares, órgãos públicos, etc. Observa que, com exceção dos dois primeiros produtos listados na Nota Fiscal (Albendazol e Albendrox), não há preço máximo ao consumidor publicado, devendo ser utilizada a MVA de 56,78% sobre o valor da operação. Propõe que se altere o valor da base de cálculo para R\$ 11.538,02.

O processo foi remetido em diligência a fim de que os fiscais autuantes anexassem cópia da revista especializada na qual constem os preços dos produtos em questão, do laboratório correspondente. Na mesma diligência, foi solicitado que fossem fornecidas cópias dos instrumentos às fls. 13 a 19, dada ciência bem como dos elementos que viessem a ser anexados aos autos pelo fiscal autuante em decorrência da solicitação acima, e também cópia do despacho que determinou a diligência, e que se reabrisse o prazo de defesa (30 dias). Foi solicitado, ainda, que se intimasse o autuado para que apresentasse cópia da lista de preços do laboratório

farmacêutico fabricante dos medicamentos objeto deste Auto de Infração, vigente à época da lavratura do mesmo, que é datado de 5/9/03.

Um dos fiscais anexou a cópia da revista.

O contribuinte anexou cópia de lista de preços referente a outro período, alegando que o laboratório não dispõe mais da lista de preços do período em que a Nota Fiscal objeto deste Auto de Infração foi emitida.

VOTO

Este Auto de Infração acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos, por não serem observados no cálculo os preços a consumidor publicados em revista do setor farmacêutico.

A discussão gira em torno da base de cálculo, que, segundo o fisco, teria sido adotada em valor inferior ao previsto na legislação.

A defesa alega que os medicamentos objeto da ação fiscal não têm seus preços publicados na lista da ABCFARMA, pois não são destinados a consumidor final, e sim a órgãos públicos, hospitais e clínicas, e para estas entidades os preços são inferiores aos dos produtos vendidos nas farmácias, por uma série de fatores.

Embora no Auto de Infração seja dito que os cálculos foram feitos com base em preços publicados na revista ABCFARMA, os fiscais autuantes juntaram cópias de preços obtidos na internet, no “site” HiDoctor NET.

Preços anunciados por entidades anônimas em “sites” da internet não são aceitáveis, de forma alguma, para efeitos de base de cálculo da substituição tributária. As pessoas põem na internet o que bem querem. Não há ainda, e talvez não venha a haver nunca, uma forma de controlar responsávelmente o conteúdo desses “sites”. Base de cálculo é matéria que exige rigor, precisão, certeza, em nome do princípio da segurança jurídica. A legislação tributária (como a penal) não comporta interpretação extensiva ou analógica. Ao definir a *base de cálculo*, em atenção ao princípio da tipicidade cerrada, a norma deve estabelecer *de forma inequívoca* qual o critério a ser seguido na sua determinação. Esse princípio tem vinculação aos princípios da estrita legalidade, da não-surpresa e da certeza do direito. Não pode o intérprete “deduzir” que, se um “site” da internet especifica preços de venda de um determinado produto, é porque, certamente, eles foram “sugeridos” pelo respectivo fabricante.

Baixados os autos em diligência, um dos fiscais autuantes anexou cópia de revista do setor farmacêutico.

A defesa não provou que o imposto foi antecipado com base nos preços de fábrica, acrescidos das despesas e da margem de valor adicionado. A prova poderia ser feita mediante apresentação, por exemplo, de lista de preços do laboratório. Foi dada oportunidade ao sujeito passivo de anexar cópia da referida lista, mas ele simplesmente respondeu não dispor dela. Juntou cópia de lista de período diverso, o que não satisfaz. A defesa não provou, portanto, que o imposto foi antecipado com base nos preços de fábrica efetivamente praticados pelo laboratório.

Quanto à alegação da defesa de que os medicamentos se destinam a hospitais, clínicas e órgãos públicos, chamo a atenção para o fato de que, nos termos do art. 355, IV e VI, do RICMS/97, não é devida a substituição tributária por antecipação quando as mercadorias são destinadas (diretamente) a estabelecimento prestador de serviços ou a entidade cujos negócios não sejam tributáveis. Ocorre que, no caso em exame, o destinatário dos medicamentos não é nem órgão

público, nem clínica, nem hospital, mas sim uma empresa comercial. Recomendo que o contribuinte analise a norma do art. 359, § 6º, de modo a avaliar se vale a pena pleitear o tratamento ali disciplinado.

A auditora designada para prestar a informação observou que, com exceção dos dois primeiros produtos listados na Nota Fiscal (Albendazol e Albendrox), não há preço máximo ao consumidor publicado, devendo ser utilizada a MVA de 56,78% sobre o valor da operação. Propõe que se altere o valor da base de cálculo para R\$ 11.538,02.

A MVA de 56,78% tem sua matriz no item 2 do § 1º da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, com a redação dada pelo Convênio ICMS 147/02, e o aludido percentual é recepcionado pela legislação baiana. Nesse ponto, concordo com a auditora que prestou a informação.

No entanto, ao refazer o cálculo, reduzindo a base de cálculo para R\$ 11.538,02, a auditora não atentou para o fato de que tal base de cálculo deve ser reduzida em 10%, nos termos do § 4º da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, com a redação dada pelo Convênio ICMS 4/95. Noto que, de acordo com o instrumento à fl. 12, confrontado com a base de cálculo lançada no Auto de Infração, os fiscais autuantes aplicaram a redução da base de cálculo de 10% na apuração do débito originário. Do mesmo modo, feita a revisão do lançamento, a mesma redução há que ser aplicada. Assim, feita a redução, a base de cálculo é de R\$ 10.384,22, e o imposto devido (17%) é de R\$ 1.765,32.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269278.0910/03-7, lavrado contra **COMPRAATES COMERCIAL FARMACÉUTICA E HOSPITALAR [LTDA.]**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.765,32, 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, 17 de maio de 2004

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA