

A. I. Nº - 299333.0101/03-8
AUTUADO - MS FARMA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ALAN ROBERTO DIAS
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 09.06.2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0194-04/04

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. Rejeitada a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/12/03 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige 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 apresentou defesa tempestiva, fls. 47 a 54, alegando que o lançamento está fundamentado em presunção. Diz 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.

Assevera 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. Ressalta 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.

Esclarece 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.

Diz 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 a, no máximo, 30% do preço tabelado.

Ressalta 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.

Aduz 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.

Diz 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 seja apurada a partir do valor da operação consignado na nota fiscal emitida pelo fabricante ou distribuidor. Protesta 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 afirma, 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.

Diz 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 são signatários do Convênio ICMS Nº 76/94, mediante regime especial. Ao finalizar, opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Com fulcro o artigo 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência requerida pelo autuado, pois os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Adentrando no mérito da lide, constato que o autuado adquiriu medicamentos da linha humana, arrolados na Portaria nº 270/93 e procedentes de Estado não mais signatário do Convênio ICMS Nº 76/94 (Minas Gerais). Dessa forma, o imposto deve ser pago por antecipação tributária, espontaneamente, na entrada da mercadoria no território baiano, o que não foi feito. Em toda a sua defesa, o sujeito passivo, apesar de solicitar a improcedência do lançamento, não nega que deixou de recolher o imposto devido por antecipação, limitando-se a questionar a base de cálculo que foi utilizada na apuração do tributo exigido.

Por força do disposto no art. 61, § 2º, I, do RICMS-BA/97, para efeitos 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:

Efetivamente, não há preço fixado por órgão competente para venda a consumidor final, porém, no caso em lide, os documentos de fls. 17 a 28 comprovam a existência, para as mercadorias em questão, de preço máximo de venda a consumidor final sugerido pelo fabricante (Laboratório Globo Ltda.). 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.

Analisando os cálculos efetuados pelo auditor fiscal na apuração do imposto, constato que os mesmos estão corretos e não merecem reparos. Saliento que inclusive foi concedida a redução da base de cálculo em 10%, prevista na legislação tributária.

Por falta de amparo legal, não acato a alegação defensiva de que os medicamentos similares objeto da autuação devem ter tratamento diferenciado, de forma que a carga tributária seja menor que a dos éticos e genéricos. É que a legislação tributária estadual não faz distinção entre os diversos tipos de medicamentos (éticos, genéricos e similares).

Ressalto que o previsto no art. 3-A, do Decreto nº 7.799/00, não ampara o autuado, pois o contribuinte não comprovou que tivesse celebrado o Termo de Acordo previsto no art. 7º do mesmo Decreto, para ter direito ao tratamento previsto no citado artigo 3-A.

Considerando que o autuado não efetuou, espontaneamente, o pagamento do imposto devido por antecipação tributária no posto fiscal de fronteira, o débito deve ser cobrado através de Auto de Infração e com a imposição da multa prevista, além dos acréscimos legais. Dessa forma, entendo que foi correto o procedimento do autuante e que é devido o valor exigido na autuação.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299333.0101/03-8**, lavrado contra **MS FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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, 01 de junho de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR