

A I Nº - 022198.0351/04-4
AUTUADO - MS FARMA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - LUIZ GONZAGA SOUZA VAZ e JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 22.03.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0360-03/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA DE MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS, ENQUADRADAS NA PORTARIA Nº 114/04 POR ESTABELECIMENTO QUE NÃO POSSUI REGIME ESPECIAL. É legal a exigência do imposto antecipado de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria. Base de cálculo constituída de acordo com regras fixadas em Convênio. Refeito os cálculos do imposto. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 31/03/04, para exigir imposto no valor de R\$9.873,04 e multa de 60%, relativo a falta de recolhimento do ICMS, por contribuinte não detentor de regime especial, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, enquadradas na Portaria nº 114/04 (medicamentos), procedentes de outros Estados.

O autuado na defesa apresentada às fls. 38 a 47, por seu representante devidamente constituído, afirma que são verossímeis os fatos elencados pelo Fisco estadual no Auto de Infração e que o lançamento fundamentou-se em mera presunção.

Diz que o dever de pagar tributo nasce a partir da formulação descrita na norma jurídica com as competências outorgadas pela constituição em consonância com os elementos constitutivos de hipóteses figuradas de aspectos “pessoal, material, espacial e temporal”, sem que todos esses elementos tenham se verificado é impossível nascer o dever jurídico de pagar imposto.

Cita autores no tocante aos princípios da legalidade e tipicidade cerrada, lembrando que a exigência de tributos deve ser fixada com base numa formulação legal, previsto também no CTN e portanto, não deve existir por ficção ou presunção do autuante.

Quanto ao mérito, alega que, a legislação estadual aplicável é o Convênio nº 76/94, que prevê o percentual de agregação de 60,07% a ser aplicado sobre o valor da nota fiscal, conforme disposto no art. 61, II e § 2º do RICMS/BA, tendo o agente fiscal considerado o preço constante nas revistas de medicamentos autorizadas (ABCFARMA, CAIRUS, ETC), para exigir imposto antecipado de linha similar, coagindo-se o autuado com apreensão de mercadorias e lavratura de Auto de Infração.

Contesta que o preço máximo deveria ser fixado por órgão oficial competente, e a tabela publicada pela ABCFARMA visa atender interesses de associações farmacêuticas que se conflitam

com os interesses dos fabricantes de genéricos, e similares que atendem a políticas públicas de atender às classes menos privilegiadas, praticando preços inferiores aos medicamentos éticos que são tabelados.

Assevera que não existindo um órgão oficial, também, não se pode tomar a tabela ABCFARMA com preços tabelados, enquanto os medicamentos similares e genéricos equivalem no máximo a 30% do preço tabelado, sem considerar os descontos concedidos, mesmo assim, resultando numa carga tributária elevada.

Diz que, os medicamentos similares e genéricos deveriam possuir tratamento tributário diferenciado, a exemplo do Estado de Minas Gerais que corrigiu essa distorção pela edição da Lei nº 14.062/2001, transcrevendo artigos e parágrafos da mesma.

Informa que o Estado da Bahia editou o Decreto nº 8.666/2003 visando corrigir a desigualdade da carga tributária entre medicamentos éticos e genéricos e similares conforme disposto no art. 8º parágrafo único: “Em substituição ao tratamento previsto no caput, o contribuinte poderá calcular o imposto devido por antecipação tributária mediante aplicação do percentual de 35%, sobre o valor de aquisição, neste incluídos IPI, Frete e 9,7% do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial”.

Conclui afirmando que inexistente órgão competente e pelo Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade insculpada na Constituição Federal, deve-se utilizar como base de cálculo o valor da operação com agregação de 60,07% e redução de 10% previsto no Convênio nº 76/94, por se tratar de medicamentos da linha similar, e por fim, que sejam deferidos todos os meios de prova em Direito admitidos, requerendo a improcedência da autuação.

O autuante presta Informação Fiscal (fl. 56 a 58), diz que não assiste razão ao autuado porque os medicamentos adquiridos para comercialização eram procedentes de Estados não signatários do Convênio nº 76/94 e o recolhimento antecipado cabe ao autuado de acordo com a Portaria nº 114/04.

Esclarece que conforme disposto no parágrafo 2º do artigo 61 do RICMS/BA, a base de cálculo para fins de antecipação tributária será determinada em consonância com o Convênio nº 76/94 e suas alterações posteriores, não tendo se baseado na apuração da base de cálculo em valores constantes das revistas de medicamentos autorizadas, sendo inócuos os argumentos apresentados que contestam procedimentos não ocorridos.

Explica que a base de cálculo foi apurada a partir do valor da operação, acrescentado o MVA previsto na Cláusula 2ª do Convênio nº 76/94, aplicando redução de 10% consoante determina o artigo 61, parágrafo 2º, inciso I do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Finaliza afirmando que resta comprovada a infração e, não tendo o autuado apresentado argumento capaz de elidir o ilícito fiscal indicado na autuação, de acordo com os artigos 127 e 153 do RPAF/99, requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração trata de exigência da antecipação do ICMS de aquisição de mercadorias enquadrada no regime de substituição tributária, (medicamentos), procedentes de outros Estados,

sem o recolhimento na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria e relacionadas na Portaria nº 114/04, de contribuinte que não possui regime especial.

Verifico que se trata de operação de aquisição de medicamentos de diversos laboratórios situados em São Paulo, Estado esse, não signatário do Convênio ICMS nº 76/94, e enquadrados na Portaria nº 114/2004. Logo, está devidamente caracterizado na autuação a circulação física de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, de vendedor situado no Estado de São Paulo e destinado ao autuado, contribuinte do imposto no Estado da Bahia, e que, não sendo detentor de regime especial, deveria recolher o ICMS antecipado na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria no Estado, o que não foi feito.

Quanto à alegação do autuado, de que o cálculo deveria ser efetuado tomando como base o valor das mercadorias e não a tabela dos fabricantes de medicamentos éticos, e aplicado o percentual do MVA de 60,07%, previsto no Convênio nº 76/94 com a redução de 10%, verifico que, no demonstrativo de débito elaborado pelo autuante para o cálculo do imposto (fl. 02), foram utilizados efetivamente os valores constantes das notas fiscais que acompanhavam as mercadorias, a exemplo do valor de R\$4.332,00 constante da Nota Fiscal nº 17.220 (fl. 09) e as demais. Logo, não procede a alegação defensiva de que foi o utilizado o valor da tabela dos fabricantes, e sim, o valor da operação. Contudo, no que se refere ao MVA, o autuante aplicou percentuais de 50,90% e 56,78%. Entretanto, o percentual do MVA correto é de 60,07%, que foi alegado pelo autuado, consoante o disposto no art. 61, II e § 2º do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 8.853 de 24/12/03, previsto no Convênio nº 76/94.

Verifico também, que o autuado alegou não ter sido aplicada à redução de 10%, no entanto, o demonstrativo de débito elaborado pelos autuantes (fl. 02), contempla essa redução prevista no artigo 61, § 2º, I, do RICMS/BA/97.

Pelo exposto, refiz os cálculos conforme demonstrativo abaixo, tomando como base o demonstrativo elaborado pelo autuante na fl. 02, e aplicando o percentual de MVA de 60,07% previsto no Convênio nº 76/94 e concedendo a redução de 10% na base de cálculo, conforme alegado pelo autuado, que resulta em valor de R\$16.423,63 e deduzido os créditos constantes das notas fiscais de R\$5.725,90 resulta em valor devido de R\$10.697,73.

Notas Fiscais	Valor total	MVA %	Base de Cálculo	Red. 10%	Aliq.	Imposto
17220	4.332,00	60,07	6.934,23	693,42	17,00	1.060,94
401959/960	24.139,00	60,07	38.639,30	3.863,93	17,00	5.911,81
179162 a 179165	11.724,21	60,07	18.766,94	1.876,69	17,00	2.871,34
208851 a 202853	7.057,90	60,07	11.297,58	1.129,76	17,00	1.728,53
206633/206634	6.901,36	60,07	11.047,01	1.104,70	17,00	1.690,19
184448/18451	12.906,20	60,07	20.658,95	2.065,90	17,00	3.160,82
Total do imposto						16.423,63
Crédito fiscal						5.725,90
Imposto devido						10.697,73

Constato que nas Notas Fiscais nºs 179.162; 179.163 e 179.164 emitidas pela Kley Hertz S.A. Indústria e Comércio (fls. 12 a 14) foram retidos o ICMS Substituto. Como o Estado de São Paulo deixou de ser signatário do Convênio nº 76/94, desconsidero a retenção do imposto, e caso tenha sido pago pelo autuado, deve ser objeto de pedido de restituição do valor retido indevidamente.

Como o valor devido de R\$10.697,73 é maior que o exigido no auto de infração, faço representar a repartição fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal e exigir a diferença devida no valor de R\$824,69.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **022198.0351/04-4**, lavrado contra **MS FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.873,04**, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42 inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomendação para instauração de procedimento fiscal para exigir o valor do imposto reclamado a menor.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2004.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRES. EM EXERCÍCIO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR