

PROCESSO - A. I. Nº 140764.0045/04-7
RECORRENTE - GBI FARMA - COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. (GBI FARMA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0231-04/05
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 27/10/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0352-11/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Existência de preço sugerido ao consumidor pelo fabricante em valor superior à base de cálculo utilizada. Infração comprovada. Mantida a Decisão. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a realização da perícia fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 4ª JJF – Acórdão JJF nº 0231-04/05, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$108.363,92, em razão:

1. De o contribuinte ter recolhido a menos o ICMS por antecipação, no valor de R\$104.363,79, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos, nos exercícios de 2000 e 2001, oriundos de estados que renunciaram o Convênio 76/94, por ter usado, na formação da base de cálculo do imposto, a Margem de Valor Adicionado (MVA), quando a legislação determina o preço máximo de venda, fixado pelo fabricante.
2. Da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$4.000,13, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, adquiridas em setembro de 2001.

A Decisão recorrida, inicialmente rejeitou as preliminares de nulidade do Auto de Infração, suscitadas pelo autuado, por entender que o lançamento está revestido das formalidades legais, como também por que os demonstrativos, acostados aos autos, determinam, de forma satisfatória, a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, não se tratando a autuação de presunção fiscal, pois os documentos fiscais que serviram como base para apuração do imposto foram anexados aos autos, razões, também, do indeferimento do pedido de perícia fiscal.

Quanto ao mérito, foi ressaltado que os medicamentos originaram de Estados que deixaram de ser signatários do Convênio nº 76/94, logo a responsabilidade pelo pagamento do imposto é do autuado, nos termos do art. 353, inciso II, item 13, do RICMS/97.

Destaca que o sujeito passivo se insurgiu quanto à forma do cálculo realizado pelo autuante para apurar o imposto devido por antecipação tributária. Porém, para as operações em exame, o art. 61, § 2º, inciso I, do RICMS, dispõe que, para os efeitos de substituição ou antecipação tributária dos produtos farmacêuticos, a base de cálculo será feita em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94 e alterações posteriores, o qual, em sua cláusula segunda, determina que 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.

Quanto à alegação do sujeito passivo de que realiza vendas para consumidores finais, bem como para hospitais e órgãos da administração direta, a Decisão foi de que não pode ser aceita, uma vez que o autuado é uma empresa do setor atacadista e, pelo que dispõe o art. 359, § 6º, do RICMS, o benefício pretendido pelo autuado depende de regime especial, cujo pedido deve ser formulado mediante requerimento à Gerência de Substituição Tributária, ação que o autuado não comprovou nos autos, cuja condição obrigatória para ressarcimento é que o imposto tenha sido retido, antecipadamente, pelo contribuinte, fato que o autuado também não comprovou.

Assim, entende a JJF que os valores exigidos, relativos à primeira infração, foram calculados de acordo com a legislação em vigor e a jurisprudência deste CONSEF, do que cita o Acórdão CJF nº 0394-11/03.

No que tange à segunda infração, foi decidido que o autuado não apresentou impugnação, o que implica no reconhecimento tácito do cometimento da infração.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o recorrente apresentou no prazo legal o Recurso Voluntário, repetindo todos os seus argumentos de defesa inicial, no qual aduz que o autuante não percebeu que as vendas subseqüentes destinaram-se a hospitais e órgãos públicos, o que desqualifica de logo não só a base de cálculo empregada pelo fiscal como o próprio instituto da substituição tributária, uma vez que se trata de venda a consumidor, do que relaciona e anexa inúmeras notas fiscais, como prova de sua alegação.

Argúi, preliminarmente, que o Auto de Infração se fundamenta na análise de notas fiscais com base no CFAMT, sem levar em consideração outros documentos fiscais que permitiriam proceder a fiscalização sustentando-se em fatos reais. Assim, lembra que a infração tributária deverá sempre ser provada, do que cita doutrina.

Registra que o autuante não procedeu a uma análise mais depurada dos documentos fiscais da empresa e, como consequência, elaborou um demonstrativo irreal utilizando-se meramente das entradas da empresa, sem considerar as saídas efetivas constantes nas suas notas fiscais, o que acarretou a diferença supostamente encontrada, a qual decorre da disparidade entre as quantidades lançadas aleatoriamente pelo autuante. Entende que tal imputação é desprovida de elementos comprobatórios, conforme exige os artigos 2º; 18, inciso IV, “a”, e 41, II, do RPAF. Cita Decisões do CONSEF.

Em seguida, destaca que o Convênio nº 76/94 estabelece por exclusão três hipóteses de incidência do ICMS como determinação para a base de cálculo, nas operações interestaduais, conforme a seguir:

1. O preço constante da tabela sugerido pelo órgão competente para a venda a consumidor (cláusula segunda, 1ª parte);
2. O preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (cláusula segunda, 2ª parte);
3. O preço praticado pelo remetente, nas operações com o comércio varejista, incluindo-se o IPI, o frete e outras despesas acrescidas de percentual estabelecido de conformidade com a alíquota praticada pelo Estado destinatário (§ 1º, cláusula segunda), combinado com o percentual de desconto de dez por cento previstos na cláusula quarta.

Salienta que a fiscalização baiana vem utilizando como base de cálculo do imposto o preço sugerido nas revistas do ramo, como ABC Farma, Kairos, etc., violando desta forma o Convênio nº 76/94, do qual o Estado da Bahia é signatário, bem como o art. 23, § 3º, da Lei nº 7.014/96, que se

aplica às operações de aquisição de mercadorias dos Estados em que não são mais signatários, em razão da denúncia do referido Convênio.

Assevera que no caso de produtos farmacêuticos inexistia tal órgão oficial competente. Quanto à hipótese de preço sugerido pelo industrial, a princípio poderia se pensar que pudesse ser utilizada, já que alguns laboratórios têm seus preços publicados em revistas farmacêuticas.

Contudo, aduz que a publicação, porventura, feita em tais revistas não tem o condão de fixar a base de cálculo, porque não são dotados da devida segurança, possuindo caráter meramente informativo, não havendo prova de que o preço de venda proposto ou fixado do produto estava sendo utilizado pelo contribuinte substituído através de nota fiscal, o que ameaça de contrariar expressamente dispositivo de lei, levando o Auto de Infração a ser nulo por ausência de prova, conforme estabelece o art. 18 do RPAF. Cita Acórdãos JF nº 0972/01 e nº 1118/99, neste sentido.

Salienta que a maior prova de que as revistas farmacêuticas não se prestam para fins de fixar base de cálculo é que o próprio autuante, não raras vezes, viu-se impossibilitado de aplicá-lo em vista de não os encontrar e aplicou MVA nos termos do § 1º da cláusula segunda do Convênio.

Por fim, requer a realização de perícia fiscal para fins de atestar as informações referentes às saídas das mercadorias e que seja declarada a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Em seu Parecer, às fls. 914 e 915 dos autos, a PGE/PROFIS opina pela não provimento do Recurso Voluntário, porquanto a alegação do recorrente de que as vendas teriam sido feitas a hospitais, clínicas, ambulatórios e congêneres, assim como para órgão da administração pública, ou seja, a consumidor final, não pode prosperar, visto que o recorrente não observou as formalidades previstas no § 6º do art. 359 do RICMS para obtenção do regime especial, tampouco que o imposto tenha sido retido antecipadamente, como bem observado no acórdão que se pretende rever.

Frisa também que a base de cálculo do ICMS por substituição tributária, relativa a medicamentos da linha humana, está prevista no Convênio 76/94, destacando que, dentro da sua esfera de atribuição, a Portaria Ministerial nº 37/92, vigente à época, disciplinando a matéria, elevou as listas fornecidas pelas indústrias à categoria de preço sugerido pelo órgão competente, inexistindo, pois, *in casu*, qualquer ilegalidade da base de cálculo a ser declarada.

VOTO

Preliminarmente, devo ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, estando as infrações devidamente demonstradas e documentadas.

Também entendo desnecessária a realização de perícia fiscal, para fins de atestar as informações referentes às saídas das mercadorias, pois os elementos constantes dos autos são suficientes à formação de minha convicção.

Quanto ao mérito, da análise das razões do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, constato que as mesmas são incapazes de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada.

Naquela oportunidade foi consignado que o art. 61, § 2º do RICMS/97 explicita que a determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária de produtos farmacêuticos será feita em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações posteriores.

Este por sua vez, em sua cláusula segunda, estabelece que 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.

É notório que os medicamentos de uso humano possuem preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, por exigência da ANVISA, cujas listas fornecidas pelas indústrias foram elevadas à categoria de preço sugerido pelo órgão competente, conforme dispositivo da Portaria nº 37/92 do Ministério da Fazenda e Planejamento, vigente à época.

Assim, diante do exposto, conclui-se que a base de cálculo para medicamentos é o valor do preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial e divulgado ao público, que, no caso concreto, é superior ao utilizado pelo autuado, do que entendo caracterizado o recolhimento a menos do imposto relativo à antecipação tributária, conforme demonstrado à fl. 9 a 275 dos autos.

Por fim, não pode prosperar a alegação do recorrente de que as vendas teriam sido feitas a consumidor final, inviabilizando a exigência da substituição tributária, pois, por se tratar de contribuinte atacadista no ramo de medicamentos, suas aquisições interestaduais, junto a contribuinte localizados em outras unidades da Federação, as quais não signatárias do Convênio nº 76/94, o obriga a antecipação do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos, quando da sua entrada no território baiano.

Os acontecimentos supervenientes ao fato-gerador do imposto, no caso das vendas destinadas a hospitais e congêneres, assim como para órgãos da administração pública pelo recorrente, na condição de atacadista de medicamentos, devem ser tratados na forma prevista no § 6º do art. 359 do RICMS, o que requer a obtenção de regime especial para a recuperação da parcela do imposto retido correspondente.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE.

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 140764.0045/04-7, lavrado contra **GBI FARMA - COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. (GBI FARMA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$108.363,92**, sendo R\$45.106,06, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$63.257,86, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, “a” e “f”, da citada lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS