

A. I. N° - 937946-0/05
AUTUADO - CÍCERO FLORENCIO DA COSTA
AUTUANTE - HELENA DOS REIS REGO SANTOS
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 29/05/06

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0165-05/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A discussão resume-se unicamente à determinação da base de cálculo aplicável. O preço sugerido pelo fabricante consta discriminado na própria nota fiscal. Infração confirmada, porém do valor do imposto exigido deve ser abatido o recolhimento efetuado antes da ação fiscal, o qual foi considerado pela fiscalização para fixação do valor da base de cálculo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2005 pelo trânsito de mercadorias, exige imposto no valor de R\$651,33, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção do ICMS por antecipação tributária sobre mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e elencadas na Portaria 114/04 (medicamentos) por empresa situada neste Estado, vez que mercadorias oriundas de estado não signatário de Convênio e destinada a contribuinte descredenciado para postergação do imposto.

O autuado apresentou defesa (fl. 10), acusando que havia recebido, via postal, terceira via do Auto de Infração com vários dados rasurados, ou seja, com corretivos gráficos de cor branca. Em seguida disse que em contato com o fornecedor e, depois, com a transportadora, obteve cópias do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 23228458505 e da Nota Fiscal/Fatura nº 639810, emitida em 29/11/2005.

Informou que, como tomou conhecimento da emissão do documento fiscal acima mencionado em 2/12/2005, recolheu, através de DAE, o imposto devido, apenas em valor a menor. Entendeu ser devedor da diferença de R\$15,56.

Afirmou não reconhecer o Auto de Infração com valores absurdos e que o agente fiscal não teve o cuidado de verificar o recolhimento do imposto ocorrido antes da lavratura do mesmo. Assim, entendeu, como não houve infração à legislação tributária, não se podia falar em aplicação de multa. Informando que estaria recolhendo a diferença confessada, requereu a liberação imediata da mercadoria apreendida, bem como, a anulação ou improcedência total do auto.

A autuante prestou informação (fl. 37) dizendo que a apreensão das mercadorias foi efetuada em 8/12/2005, ocasião em que o contribuinte embora já tivesse recolhido parte da antecipação não comunicou o fato à transportadora ou a Secretaria da Fazenda, motivo pelo qual o valor do imposto recolhido não foi abatido do imposto exigido.

Em sendo assim, pugnou pela procedência parcial da autuação no valor de R\$317,98 mais acréscimos legais.

Os autos foram baixados em diligência para que a fiscal autuante intimasse o autuado a apresentar a tabela de preço do fabricante dos medicamentos objeto da autuação. Em caso de não obter êxito no referido pedido, anexasse ao processo cópia da tabela publicada na Revista ABCFarma ou outra do mesmo gênero, onde constem os preços dos produtos, levando-se em conta o período da ocorrência do fato gerador do imposto, ou seja, a data da emissão do documento fiscal – 29/11/2005 (fl. 40).

Atendendo ao que foi solicitado, a autuante anexou a tabela de preço constante da Revista ABCFarma e indicou que o preço tomado como base para apuração do imposto estava consignado no próprio documento fiscal, bem como no Termo de Apreensão (fls. 43/47).

VOTO

Inicialmente observo que o autuado acusou rasuras constantes no Auto de Infração. De fato a lavratura de um Auto de Infração não deve conter qualquer rasura para que não haja incerteza do lançamento. No entanto, estas rasuras não invalidaram a identificação precisa do sujeito passivo tributário. Observo que a rasura se ateve à identificação do contribuinte e não do imposto exigido. Além do mais, o autuado se defendeu plenamente, não havendo, no caso, cerceamento do seu direito de defesa.

A acusação fiscal foi em razão da falta do recolhimento do ICMS nas aquisições de medicamentos por contribuinte deste Estado descredenciado, conforme Portaria nº 114/04, em virtude de não terem sido adotados os preços máximos de venda ao consumidor.

Observo, inicialmente, que não havendo Convênio ou Protocolo entre os Estados Federados que indique como responsável tributário o remetente das mercadorias e estando elas enquadradas no regime da substituição tributária, cabe ao seu adquirente, no território do Estado da Bahia, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto (art. 371 do RICMS/97) pela operação comercial realizada. O prazo do seu recolhimento consta determinado em regulamento. No caso é aquele determinado no art. 125, II, “b” do citado Regulamento, com exceção se houver Regime Especial, caso que não se aplica ao autuado.

No presente, a impugnação se prende a determinação da base de cálculo do imposto, que foi qualificada de “absurda”.

Ressaltou a necessidade e não se esquecer que a matéria em discussão trata de imposto exigido antecipadamente já que os medicamentos, para uso humano, estão enquadrados no regime da substituição tributária, ou seja, a sua cobrança e recolhimento encerra o ciclo de tributação. Em sendo assim, deve-se buscar o seu preço final para a correta apuração do tributo.

Por isso, a Lei Complementar nº 87/96 em seu art. 6º, § 2º determina que a base de cálculo para apuração do imposto por substituição tributária será o preço final á consumidor, único ou máximo, fixado por órgão público competente. No seu § 3º expressa que existindo preço final á consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço. A Lei nº 7.014/96 no seu art. 23, nos seus §§ 2º e 3º assim também se posiciona, porém indicando primeiro que se deve buscar o preço fixado por órgão Governamental Competente. Na sua falta o preço sugerido pelo fabricante ou industrial.

Por outro lado assim dispõe o art. 61, do RICMS/97:

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subseqüentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

I - o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente,

fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente;

II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subseqüentes, de acordo com o percentual previsto:

a) no Anexo 88, a ser determinado em função de ser industrial, atacadista ou importador o estabelecimento fornecedor ou remetente, tratando-se das mercadorias de que cuidam os incisos II e IV do art. 353;

b) no Anexo 89, em se tratando de quaisquer outras mercadorias não contempladas no Anexo 88:

1 - sendo o adquirente pessoa não inscrita no cadastro estadual;

2 - nos demais casos que a legislação preveja o pagamento do imposto por antecipação, nos termos do § 2º do art. 352;

§ 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:

1 - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS 04/95, 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%;

Diante da legislação posta, necessário verificar se existe para os medicamentos preços fixados por Órgão Governamental competente. A Portaria Ministerial nº 37/92 estabelecia, em seu art. 2º, que os produtos farmacêuticos da linha humana seriam liberados nas operações efetuadas pelos estabelecimentos fabricantes, mas estariam sujeitos à limitação da margem de comercialização nas operações de atacado e varejo, ou seja, não tabela, não fixa, nem sugere preço, estabelece, apenas, limitações de comercialização destes preços nas operações de atacado e varejo.

Por outro lado, o Convênio ICMS 74/96 na sua Cláusula 2º prevê 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*. E, inexistindo estes preços, 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 (§ 1º).

Não existindo preço tabelado ou fixado por Órgão Governamental, o cálculo do imposto sobre medicamentos, enquadrados no regime da substituição tributária, deve ser aquele sugerido pelo fabricante ou industrial, conforme determina toda a legislação já exposta.

A autuante tomou como preço dos medicamentos o valor máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo industrial. Estes preços estão consignados na Nota Fiscal nº 039810, autuada e emitida pelo seu fornecedor Boehringer Ingelheim (fl. 4 dos autos). Portanto de acordo

com o § 3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, na falta do preço estabelecido pelo órgão competente, a base de cálculo da substituição tributária é o preço final a consumidor fixado ou o preço sugerido pelo fabricante ou importador, se houver e desde que, comprovadamente seja o preço de venda utilizado pelos contribuintes substituídos. Estes dois requisitos previstos na lei: “se houver” e “comprovadamente” aqui estão presentes, pois não existe qualquer dúvida que os preços adotados pela fiscalização para o cálculo do impostos foram os sugeridos pelo fabricante e são os adotados pelas farmácias, drogarias, etc. Assim, os cálculos efetuados pelo autuado não podem ser aceitos.

Por derradeiro, a autuante ao calcular o imposto reduziu a base de cálculo do imposto em 10%, conforme norma do § 2º, I do art. 61, do RICMS/97 e abateu o crédito constante na nota fiscal. Quando de sua impugnação, o defendente acostou aos autos DAE de pagamento referente a recolhimento realizado antes da ação fiscal, que deve, e foi aceito pela autuante, o que diminui o imposto exigido na presente ação fiscal.

E, quanto a liberação das mercadorias, estas já foram entregues ao contribuinte conforme Termo de Liberação apensado à fl. 18 dos autos.

Voto pela precedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$317,98.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **937946-0/05**, lavrado contra **CÍCERO FLORENCIO DA COSTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$317,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “d” da Lei nº 7.14/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE /RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR