

A. I. Nº - 299166.0473/06-4
AUTUADO - FARMÁCIA FLAMA LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT DAT/METRO
INTERNET - 20/12/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0372-05/06

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/8/2006 pelo trânsito de mercadorias, exige imposto no valor de R\$2.186,37, acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menos 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 (fls. 37/38), afirmando ser convededor de que o imposto sobre as mercadorias, objeto da autuação, deve ser recolhido antecipadamente na primeira repartição fazendária, quando da entrada no Estado da Bahia. E este procedimento havia tomado, conforme GNRE no valor de R\$569,39. Porém o que lhe causou estranheza foi a base de cálculo, utilizada pelo fiscal, para obtenção do imposto a pagar. Disse ser absurdo o acréscimo de 453,01% ao preço da mercadoria adquirida no Estado de São Paulo. Entendeu que se o valor das mercadorias constante na nota fiscal foi de R\$2.531,97, o ICMS por substituição tributária somente poderia ser calculado sobre o valor de R\$2.915,52. Desta forma, o preposto fiscal não utilizou um parâmetro coerente para a sua determinação. Embora tenha ele afirmado de que havia utilizado os Preços do Consumidor indicados pelo fabricante, ressaltou estar seu estabelecimento situado em bairro humilde e que nenhuma farmácia praticaria tais preços, pois seria uma afronta contra o consumidor aplicar um percentual de lucro de 453,01%.

Diante do exposto, pugnou pela nulidade do lançamento fiscal.

O autuante contra arrazoou os argumentos de defesa (fl. 43) observando que a autuação se tratou do recolhimento a menos do ICMS substituição por antecipação incidente sobre operação interestadual com mercadorias elencadas no anexo único da Portaria 114/2004 e destinadas a contribuinte baiano descredenciado. Portanto, obrigado está a recolher o imposto integralmente nas suas entradas no território baiano ou na 1ª repartição fiscal do percurso, já que o Estado de São Paulo havia denunciado o Convênio ICMS 76/94. Tudo conforme determina o inciso II do art. 352 do RICMS/97.

Informou que utilizou os preços únicos ou máximos de venda a consumidor (PC) fixados pelo fabricante dos medicamentos, indicados no corpo das notas fiscais, para obtenção da base de

cálculo do ICMS antecipação, como determina o inciso I e o § 2º do art. 61 do citado Regulamento.

Pugnou pela manutenção da autuação.

VOTO

A acusação fiscal foi em razão do recolhimento a menos 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 indicado 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”.

Ressalto a necessidade de 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 subsequentes, 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 subsequentes, 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:

I - 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 tabelava, não fixava, nem sugeria preço, estabelecia, 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, tomados-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.

O 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 008175, autuada e emitida pelo seu fornecedor Biofarma Farmacêutica Ltda. (fls. 8/9 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, não havendo pertinência o argumento de defesa de que houve aumento de 453,01% nos preços dos medicamentos. Ressalto que se absurdo houve, este diz respeito aos preços indicados pelo emitente da nota fiscal, ou seja, afirmar, por exemplo, que o preço de balcão do medicamento Salindor (Dipirona) 500 mg cx com 200 comprimidos ser de R\$68,4200 e vender por R\$8,4456, em uma clara demonstração de subsfaturamento do referido preço.

Por derradeiro, o 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, bem como o imposto recolhido através de GNRE (fl. 10).

Voto pela precedência do Auto de Infração no valor de R\$2.186,37.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0473/06-4**, lavrado contra **FARMÁCIA FLAMA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.186,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “d” da Lei n.º 7.14/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE /RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

ÂNGELO MÁRIO ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR