

A. I. Nº - 299166.0236/06-2  
AUTUADO - ANDRADE TELLES DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 05.10.06

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0304-02/06**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A discussão nos autos resume-se unicamente à determinação da base de cálculo aplicável. O autuante considerou o PMC (Preço Máximo ao Consumidor) de cada medicamento constante nos documentos fiscais, e para os medicamentos que inexistia tal preço, foi utilizado o valor da operação acrescido da MVA prevista no Anexo 88 do RICMS/97, de conformidade com o Convênio ICMS nº 76/94, Lei nº 7.014/96 e RICMS/97. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 05/05/2006, reclama ICMS no valor de R\$ 17.693,17, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto, por antecipação, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, na qualidade de sujeito passivo por substituição, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/97 (medicamentos), adquiridas para comercialização em outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, através das Notas Fiscais nºs 125976, 125977 e 125979, emitidas pelo Instituto Biochímico Indústria Farmacêutica Ltda, conforme Termo de Apreensão nº 136838 e documentos às fls. 06 a 55.

Na descrição do fato consta que o contribuinte supra não possui Regime Especial para recolhimento posterior do ICMS-Antecipação nem Termo de Acordo para usufruir dos benefícios do Decreto nº 7.799/00, sendo utilizado os PMC (Preço Máximo ao Consumidor) indicados nas Notas Fiscais nºs 125976 e 125979 para obtenção da base de cálculo do imposto por antecipação, e concedido o crédito fiscal destacado nos documentos fiscais e os valores recolhidos através de DAE's.

Consta às fls. 26 a 28 cópia de um Mandado Liminar e Notificação expedido pela Juíza de Direito em Exercício da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, referentes ao Processo nº 1063034-7/2006, determinando a imediata liberação das mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nºs 125976, 125977 e 12979, que se achavam apreendidas.

O autuado, por advogada legalmente constituída, apresentou defesa (fls. 58 a 75), transcrevendo a peça acusatória e o artigo 125, II, "b", §§ 7º e 8º, do RICMS/97, e apesar de insinuar de forma difusa a ilegalidade/inconstitucionalidade do regime de substituição tributária, admitiu que os produtos adquiridos encontram-se submetidos ao ST por força do art. 353, II, item 13 do citado Regulamento.

Transcreveu o artigo 352, I e II do RICMS/97, para mostrar a diferença existente entre os institutos da substituição tributária e da antecipação tributária, destacando que o presente caso diz respeito a antecipação tributária por força do disposto no Convênio 76/94 que foi denunciado unilateralmente pelo Estado do Rio de Janeiro, aplicando-se as disposições contidas nos artigos 372, § 3º, I, do RICMS/97.

Argumenta que as operações internas com os produtos que comercializa já se encontram submetidas ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 353, II, item 13, do RICMS/97,

ressaltando que a antecipação tributária quando da entrada das mercadorias no estabelecimento fere a norma do art. 355, II, do mesmo Regulamento, concluindo que a retenção sobre as saídas subsequentes é exigível quando da saída das mercadorias do estabelecimento.

Assevera que diante da renúncia do Estado do Rio de Janeiro aos termos do Convênio 76/94, devem ser aplicadas as disposições constantes dos artigos 352, § 2º, II e 372, § 3º, II, observando-se a determinação contida no § 1º do art. 125, todos do RICMS/97, salientando o descumprimento de tal dispositivo pelo autuante, em razão de não ter sido emitida a Notificação Fiscal dando-lhe a oportunidade de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto.

Prosseguindo, a defendente demonstra o seu entendimento de que se tratando de substituição tributária ou de antecipação tributária, a composição da base de cálculo deve obedecer ao disposto nos artigos 23, II e §§ 2º e 3º da Lei nº 7.014/96 e 61, I e II, do RICMS/97, quais sejam: “1) adoção do preço final a consumidor fixado pelo órgão público competente; 2) adoção do preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante; 3) composição de uma base de cálculo a partir da agregação de diversas parcelas e adoção de uma determinada margem de valor agregado (MVA)”.

Salienta que a utilização dos critérios expostos é sucessiva, e quando existir preço final a consumidor fixado pelo órgão competente tornam-se inaplicáveis as demais hipóteses, até chegar a adoção da margem de valor agregado, que entende que é a última alternativa a ser adotada.

Questiona a adoção, por parte do preposto fiscal, do preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo órgão fabricante, por entender que seria necessário para adoção dessa alternativa a comprovação de que tal preço é o adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente da mercadoria, conforme determina o § 3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96 e 61, I, do RICMS/97.

Tomando por base as mercadorias Teiconin de 200 mg e de 400 mg, Tifpem 500 mg e Azanem 1g., apresentou um quadro demonstrativo da MVA resultante da base de cálculo apurada no levantamento fiscal, com o fito de mostrar a discrepância existente entre a citada e a existente no Anexo 88 do RICMS/97, para a adoção do terceiro critério de apuração da base de cálculo com base no artigo 61, II, do RICMS/97.

Por fim, requer a improcedência da autuação, ou caso contrário, a adoção do cálculo do débito com base no artigo 61, II, do RICMS, mediante diligência neste sentido.

Na informação fiscal às fls. 87 e 88, o autuante esclareceu o motivo da autuação, e aduziu que esta se enquadra nos incisos I e II, do artigo 352 do RICMS/97, pois o Estado do Rio de Janeiro de onde se originam as mercadorias denunciou aos termos do Convênio 76/94, não havendo mais que se referir à substituição tributária em operações com mercadorias enquadradas em acordos interestaduais procedentes do citado Estado.

Disse que o artigo 353 do RICMS/97 citado na defesa também não se aplica ao caso, tendo em vista que este dispositivo legal trata de antecipação tributária nas saídas internas na Bahia, diferentemente da autuação que diz respeito a antecipação na aquisição por ocasião da entrada interestadual.

O preposto fiscal discordou do entendimento do autuado quanto a aplicação do artigo 355, dizendo que este se refere ao caso de mercadorias destinadas a contribuinte que esteja obrigado a efetuar a retenção do imposto nas operações internas para aquele mesmo produto.

Argui que os artigos 372 e 125, § 1º do RICMS/97, são aplicáveis para fins de antecipação tributária nas operações com Estados que possuem acordo interestadual.

Quanto a base de cálculo, o autuante ressalta que de acordo com o artigo 61, incisos I e II, do RICMS, tanto o “preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador” quanto o “preço único ou máximo de venda fixado pela autoridade competente” podem ser usados para obtenção da base de cálculo, sem benefício de ordem, e que se não houver nenhum dos dois tipos de preço é que deve ser adotada a regra do inciso II usando a MVA para formação da base de cálculo.

Esclareceu que para obtenção da base de cálculo foram utilizados os preços máximos a

consumidor (PMC) fixados pelo fabricante dos medicamentos, quando havia indicação deles no corpo das notas fiscais, com a adoção da MVA prevista (inciso I do art. 61), e para os medicamentos que não tinham indicação do PMC foi adotada a regra do inciso II, do art. 61, conforme demonstrado na planilha à fl. 4 do PAF.

Conclui pela procedência da autuação.

## VOTO

Inicialmente, analisando a impugnação quanto à matéria de direito, é importante ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade não se inclui na competência do órgão julgador (art. 167, I, do RPAF/99).

Quanto a diligência fiscal requerida, indefiro o pedido do contribuinte por considerar que os autos contêm todos os elementos necessários para o deslinde da questão relacionada com a determinação da base de cálculo, tornando desnecessário o refazimento da mesma.

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS, pela “falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado”.

Consta às fls. 26 a 28 que o defensor buscou em Juízo e obteve medida Liminar de Mandado de Segurança, de nº 1063034-7/2006, estando, portanto, amparado por Decisão judicial. Quando o contribuinte obtém Mandado de Segurança, com liminar favorável, considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99. Neste processo, considerando que o objeto do Mandado de Segurança impetrado refere-se à liberação das mercadorias apreendidas e não ao objeto da exigência fiscal, deve ser apreciado o mérito da lide.

Na análise das peças processuais verifico que o AI exige do autuado, na qualidade de empresa distribuidora, estabelecida no Estado da Bahia, a antecipação efetuada a menos, na aquisição de mercadorias (medicamentos) provenientes de outra Unidade da Federação (Rio de Janeiro) que não faz parte do Convênio ICMS nº 76/94, e relacionadas no Anexo 88, do RICMS/97, em virtude de erro na determinação da base de cálculo.

Portanto, a lide gira em torno da base de cálculo, que, segundo o fisco, teria sido adotada em valor inferior ao previsto na legislação, resultando no imposto que foi lançado no Auto de Infração.

O débito encontra-se devidamente demonstrado na planilha constante à fl. 04, levando em consideração cada medicamento constante nas notas fiscais, estando especificada a quantidade, o preço unitário, o preço total, MVA, base de cálculo, inclusive foi considerada a redução de 10% prevista na legislação tributária, a base de cálculo devida, sendo ao final aplicada a alíquota de 17% e desse resultado deduzido o crédito fiscal destacado nas notas fiscais mais o imposto recolhido pelo autuado através do DAE à fl. 18.

Quanto ao preço unitário dos medicamentos Teiconin de 200 e 400 mg, Tiepem e Azanem o autuante considerou o PMC (Preço Máximo ao Consumidor) fixado pelo fabricante e constante nas próprias notas fiscais, e para os medicamentos Kefalotin, Cezolin e Cloreto de sódio, por inexistir os PMC's, foram considerados os mesmos preços unitários consignados nas notas fiscais e acrescida a MVA de 54,89%.

Pelo que constam das notas fiscais que serviram de base à autuação, todas as mercadorias tratam-se de medicamentos, e, portanto, estão enquadradas no regime de substituição tributária, e são originárias do Estado do Rio de Janeiro, o qual, deixou de ser signatário do Convênio 76/94. Portanto, em se tratando de aquisições interestaduais de medicamentos, e considerando que o

Estado do qual originaram as mercadorias, na data da ocorrência, não mais era signatário do Convênio ICMS 76/94, é de inteira responsabilidade do estabelecimento autuado o pagamento do imposto, na condição de adquirente das mercadorias, por antecipação na entrada, no território deste Estado, na fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria, na forma estabelecida na Portaria nº 270/93 alterada pela Portaria nº 141/94.

Pelos argumentos defensivos, noto que, apesar do autuado entender que a substituição tributária nas operações com medicamentos não deveria ser feita por antecipação, porém, ao comprovar o recolhimento, em 25/04/2006, do imposto relativo às notas fiscais objeto da autuação, no Código 1145-ICMS ANTEC.Trib.PRODUTOS ANEXO 88 RICMS, conforme DAE fl. 18, acabou por reconhecer a sua obrigação como substituto tributário nas operações objeto da lide, ou seja, não discute a sua condição de sujeito passivo por substituição, nas aquisições em outra Unidade da Federação não signatária do Convênio 76/94, e consequentemente, a sua obrigação em efetuar a antecipação do imposto das mercadorias objeto da autuação.

Com relação a base de cálculo para determinação da exigência fiscal, observo o acerto da ação fiscal, tendo em vista que foi dado estrito cumprimento ao disposto na Cláusula Segunda do Convênio 76/94, haja vista que foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, constante das próprias notas fiscais, e nos casos em que inexistiam tais preços foi utilizado valor da operação própria realizada pelo remetente acrescido da respectiva MVA prevista no Anexo 88.

Desse modo, considero que não há qualquer ilegalidade na base de cálculo utilizada para fins de apuração do ICMS substituição, pois a mesma foi calculada corretamente de acordo com a Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, recepcionada no art. 23, II, §§ 2º e 3º da Lei nº 7.014/96 e no artigo 61, I e II do RICMS/BA., qual seja, sobre “.....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”, e “na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescidos 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: ....”.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299166.0236/06-2, lavrado contra **ANDRADE TELLES DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 17.693,17, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR