

A. I. N° - 299166.0457/07-7  
**AUTUADO** - DROGAFONTE LTDA.  
**AUTUANTE** - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 19. 06. 2008

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0213-01/08**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS (MEDICAMENTOS) A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. RETENÇÃO A MENOS DO ICMS. Nos termos do Convênio ICMS nº 76/94 o sujeito passivo por substituição, é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes das mercadorias, com base no preço máximo de venda a consumidor fixado pelo órgão competente, independentemente de ser o destinatário, atacadista que vende exclusivamente a órgãos públicos. Inaplicável a base de cálculo prevista no artigo 61, XV, do RICMS/BA, conforme procedeu o autuado. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/08/2007, exige do autuado ICMS no valor de R\$1.626,45, acrescido da multa de 60%, em decorrência de retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, no mês de julho de 2007.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 26 a 28, sustentando que a autuação é improcedente, em razão de inexistência de erro na determinação da base de cálculo para retenção do imposto antecipado, na qualidade de contribuinte substituto, pois procedeu a retenção conforme determina o artigo 61, inciso X, do RICMS/BA, o qual reproduz.

Afirma que o destinatário da mercadoria Rfarma Comércio Ltda., se enquadra na condição de atacadista e só efetua vendas a órgãos públicos, motivo pelo qual o imposto recolhido na GNRE foi calculado com base na MVA prevista no anexo 88, conforme dispõe o caput do artigo 61, do RICMS/BA.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 54, na qual contesta as alegações defensivas, afirmindo que o autuado não apresentou comprovação de que o destinatário das mercadorias efetua vendas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos. Acrescenta que, verificando a cópia dos extratos da RFarma na Juceb, conforme documentos acostados às fls. 15 a 18, constatou que o objetivo da sociedade é o comércio varejista e atacadista de produtos farmacêuticos e medicamentos, sem citar que as vendas sejam feitas exclusivamente no atacado e nem que seriam direcionadas exclusivamente para aquelas entidades. Reporta-se a precedente de julgamento sobre

matéria similar ao do presente PAF, tratada no julgamento do Auto de Infração nº 299166.0116/07-5, cuja decisão foi pela procedência da autuação, onde a defesa apresentou o mesmo argumento de que só vendia para clínicas, hospitais e órgãos públicos, não logrando êxito pela ausência de elementos de provas.

Conclui mantendo a autuação.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em Pauta Suplementar deliberou pela conversão do processo em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse verificado e informado por Auditor Fiscal designado, se o destinatário das mercadorias, efetivamente pratica vendas exclusivamente para órgãos públicos, conforme alega o autuado e consta na declaração à fl. 29.

Através do Parecer ASTEC N° 004/2008, a ilustre diligente Maria do Socorro Fonseca de Aguiar esclareceu que, após intimado o destinatário Rfarma apresentou os talões de notas fiscais e livros fiscais, tendo constatado que todas as notas fiscais foram emitidas para órgãos públicos, no caso, a Prefeitura Municipal de Juazeiro e SESAB – Hospital Geral de Jeremoabo, conforme cópias das demais notas fiscais e livro Registro de Saídas/2007, às fls. 59 a 93.

Conclui a diligente que, de acordo com os documentos apresentados, o destinatário efetivamente pratica vendas exclusivamente para órgãos públicos, conforme alega o autuado e consta na declaração à fl. 59.

Intimado o autuado (fl. 98), para conhecimento do parecer da ASTEC/CONSEF e manifestação, querendo, este silencia.

Consta à fl. 100, ciência do autuante sobre o parecer da ASTEC.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a exigência da diferença do imposto, por substituição tributária, correspondente a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda de mercadorias (medicamentos) realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado sustenta que a autuação é improcedente, por ser o destinatário da mercadoria Rfarma Comércio Ltda., atacadista que só efetua vendas a órgãos públicos, motivo pelo qual o imposto recolhido mediante GNRE foi calculado com base na MVA prevista no anexo 88, conforme dispõe o artigo 61, XV, do RICMS/BA.

Vejo que a lide se situa basicamente na identificação da base de cálculo, ou seja, entende a autuação que é aplicável ao caso, o preço máximo de venda a consumidor (PMC), por ser o remetente contribuinte estabelecido em Pernambuco, Estado signatário do Convênio ICMS nº.76/94. Já o autuado entende que deve prevalecer a base de cálculo prevista no artigo 61, XV, do RICMS/BA, por ser o destinatário atacadista que vende exclusivamente a órgãos públicos.

De início, vale consignar que nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, cabe a observância de suas disposições, inclusive, quanto à base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária. Certamente, descabe a aplicação das disposições do Regulamento do ICMS – RICMS/BA, haja vista que, via de regra, este disciplina apenas as operações internas realizadas no território do Estado da Bahia.

Nos termos do Convênio ICMS nº 76/94, o autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, é responsável pela retenção e recolhimento do imposto, relativo às operações subsequentes com produtos farmacêuticos, aliás, registre-se, matéria que não se encontra em discussão, haja vista que o autuado efetuou o recolhimento do imposto através de GNRE, tendo apenas adotado uma base de cálculo contestada pela fiscalização.

A base de cálculo fixada na cláusula segunda do referido Convênio ICMS nº 76/94, para fins de substituição tributária é 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.

Observo que o autuante agiu acertadamente, haja vista que a exigência fiscal está pautada no preço máximo de venda a consumidor, indicado pelo próprio autuado na Nota Fiscal nº 091883, portanto, conforme determinação da cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94.

Assim, o autuado ao utilizar como base de cálculo da substituição tributária o valor da operação própria, acrescido dos valores dos encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando ao montante a margem de valor adicionado (MVA) prevista no Anexo 88, conforme previsto no artigo 61, XV, do RICMS/BA, ao invés de utilizar o preço máximo de venda a consumidor, de acordo com a cláusula segunda do Convênio nº 76/94, incorreu na irregularidade imputada no Auto de Infração em exame.

No que concerne à alegação do autuado de ser o destinatário da mercadoria Rfarma Comércio Ltda., atacadista que só efetua vendas a órgãos públicos, motivo pelo qual calculou o imposto consoante dispõe o artigo 61, XV, do RICMS/BA, a diligência solicitada por esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, confirmou nos termos do Parecer ASTEC Nº 004/2008, elaborado pela ilustre diligente Maria do Socorro Fonseca de Aguiar, que o destinatário pratica vendas, exclusivamente, para órgãos públicos.

A confirmação da alegação do autuado, apesar de não afastar a exigência fiscal referente ao Auto de Infração em exame, permite esclarecer que poderá o destinatário, querendo, requerer da Gerência de Substituição Tributária autorização visando a recuperar a parcela do imposto retido correspondente à diferença entre a base de cálculo que serviu para a retenção na operação mais recente e o valor da operação que tiver realizado, proporcionalmente às quantidades saídas, devendo essa recuperação ser documentada em Nota Fiscal emitida especialmente nesse sentido, conforme dispõe o artigo 359, § 6º, do RICMS/BA abaixo transscrito:

*“Art. 359. O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: “ICMS pago por substituição tributária” (Ajuste SINIEF 4/93).*

(...)

*§ 6º Nas operações com produtos farmacêuticos e demais produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353, realizadas por estabelecimento atacadista ou distribuidor com destino a hospitais, clínicas, ambulatórios, prontos-socorros, casas de saúde e congêneres, assim como para órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal, tendo o imposto a eles relativo sido retido ou antecipado na operação imediatamente anterior, o contribuinte poderá requerer da Gerência de Substituição Tributária autorização visando a recuperar a parcela do imposto retido correspondente à diferença entre a base de cálculo que serviu para a retenção na operação mais recente e o valor da operação que tiver realizado, proporcionalmente às quantidades saídas, devendo essa recuperação ser documentada em Nota Fiscal emitida especialmente nesse sentido.”*

Diante do exposto, considero correto o procedimento fiscal, sendo a autuação integralmente subsistente.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299166.045707-7, lavrado contra **DROGAFONTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no ACÓRDÃO JJF Nº 0213-01/08

valor de **R\$1.626,45**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR