

PROCESSO	- A. I. N° 299166.0474/08-7
RECORRENTE	- DSL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. (MULTIFARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0007-03/09
ORIGEM	- IFMT -DAT/METRO
INTERNET	- 13/08/2009

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0199-11/09

**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. Dedução do imposto recolhido. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 3ª JJF – Acórdão JJF nº 0007-03/09, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o imposto no valor de R\$8.590,34, acrescido da multa de 60%, em razão da “*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.*”

A Decisão recorrida, preliminarmente, aduz que o fato de que a indicação da razão social do contribuinte ter sido de forma incompleta no Auto de Infração, em nada interferiu na instauração do contraditório, tendo sido garantido o direito de defesa do sujeito passivo, que o exerceu pontualmente.

No mérito, registrou que se trata de medicamento denominado “Clopidogrel 75mg”, com classificação fiscal/NCM 3004.90.79, enviada para o sujeito passivo por “Sandoz do Brasil Indústria Farmacêutica Ltda”, em operação de venda de produção do estabelecimento, consoante dados da Nota Fiscal nº 245022, cuja 1ª via esta acostada à fl. 06 dos autos. Ressaltou, também, que o contribuinte não contesta o fato de estar descredenciado para recolhimento do imposto em momento posterior ao da entrada do produto no território deste Estado.

Salientou, ainda, a JJF que o sujeito passivo comprova o recolhimento antecipado do ICMS devido por substituição tributária no valor de R\$1.379,64, em 29/08/20078 (fl. 40). Assim, sendo o destinatário, localizado neste Estado, empresa distribuidora de medicamentos, a base de cálculo do imposto a ser recolhido encontra-se prevista no art. 61, § 2º, inciso I, do RICMS/Ba, em consonância com o Convênio ICMS 76/94 e suas alterações posteriores.

Assim, constatou a JJF que, analisando o documento “Memória de Cálculo”, anexado pelo autuante à fl. 11, o preposto fiscal calculou corretamente o ICMS lançado de ofício, utilizando o Preço Máximo de Venda a Consumidor – PMC, no valor de R\$97,72, sugerido pelo fabricante do produto na Nota Fiscal nº 245022, à fl. 06, objeto da imputação. Sobre o valor encontrado aplicou a redução de 10% e, utilizando a alíquota de 17%, apurou o imposto no valor de R\$10.764,83, deduzindo o imposto destacado no mencionado documento fiscal e o valor recolhido pelo sujeito passivo antes da ação fiscal, em 29/08/2008, conforme documentos de fls. 40 e 41 dos autos, encontrando o débito remanescente, que lançou de ofício.

Não se conformando com a Decisão de 1<sup>a</sup> Instância, o recorrente apresentou no prazo legal o Recurso Voluntário, de fls. 73 a 76 dos autos, onde aduz que o ponto controverso está na determinação de qual seria o valor a ser considerado como base cálculo do imposto, uma vez que o autuante utilizou o Preço Máximo ao Consumidor (PMC), consoante cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, como também, ao exigir o imposto, deixou de observar o valor do imposto recolhido pelo autuado, no montante de R\$1.379,64, fato este já regularizado no julgamento do Auto de Infração, além de que, no momento do cálculo, deixou de aplicar o índice de redução previsto no art. 3º-A do Decreto nº 7799/2000, de forma que, ainda que a base de cálculo estivesse correta, a inobservância da redução viola direito legalmente assegurado ao contribuinte.

Destaca que, infelizmente, o equívoco não se limita à não aplicação da segunda redução, mas sim no elemento original, pois o autuado, ora recorrente, é um atacadista que vende exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, como se pode perceber pela consulta ao Cadastro junto à SEFAZ. Assim, para fins de se determinar à base de cálculo do ICMS, deve-se usar não a regra geral indicada anteriormente, mas sim, a norma especial, própria para este tipo de estabelecimento, prevista no art. 61, inciso XV, do RICMS/Ba, com a redação alterada pelo Decreto nº 10.153/06, a seguir:

*"XV – nas operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuam vendas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, 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) prevista no Anexo 88."*

Assim, sustenta o recorrente que, desta forma, o cálculo do imposto, efetivamente devido, deverá ser obtido através do seguinte cálculo:

Descrição	Valor	Histórico
Valor da NF	11.355,08	Valor nominal
Acréscimo frete, seguro, IPI	-	
Margem de Valor adicionado	62.632,80	Definido em 54,89%
Valor base	17.587,88	
Redução de 10%	1.758,79	art. 61, §2º, RICMS
Redução de 18,53%	3.259,03	art. 3º-A do Dec. 7799/200
Base de Cálculo reduzida	12.570,06	
Imposto total	2.136,91	alíquota de 17%
Crédito de ICMS origem	794,85	recolhido pelo fornecedor
Valor do imposto devido	1.342,06	
Valor do imposto recolhido	1.379,64	

A PGE/PROFIS, à fl. 101 dos autos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que a formação da base de cálculo para a operação, objeto da autuação, rege-se pela regra do Convênio ICMS 76/94, conforme apurou o autuante. Salienta que o recorrente apresenta uma tabela de composição de preço, onde comete equívoco quando aplica simultaneamente duas reduções de base de cálculo: a de 10%, concedida a atacadista, e a de 18,53%, quando estas operações remetem medicamentos exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos.

Assim, entende a PGEPROFIS que os argumentos recursais não podem ser acatados pela inexistência de provas de que o autuado apenas realiza vendas para os aludidos destinatários, além de que a nota fiscal apreendida refere-se à operação anterior, quando o autuado recebe medicamentos do fabricante.

## VOTO

Para efeito de determinação da base de cálculo da antecipação tributária do ICMS sobre medicamentos oriundos de Estado não signatário do Convênio ICMS 76/94, pleiteia o recorrente, em seu Recurso Voluntário, sob a alegação de que é um atacadista que vende exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, que se deva usar não o Preço Máximo ao Consumidor (PMC), previsto na cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, mas, sim, 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, acrescentando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA), prevista no Anexo 88, conforme preceitua a norma especial prevista no art. 61, XV, do RICMS.

Contudo, conforme bem ressaltou a PGE/PROFIS, tal argumento recursal não pode ser acatado pela inexistência de provas de que o recorrente apenas realize vendas para os citados destinatários, uma vez que as operações posteriores, que guardariam esta exclusividade, não estão comprovadas nos autos, a fim de que possa ser aplicada a previsão legal pretendida pelo sujeito passivo. Assim, diante de tal consideração, no caso concreto, deve-se aplicar, para determinação da base de cálculo do imposto a ser antecipado, o Preço Máximo ao Consumidor, previsto na cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, ressalvando ao contribuinte o direito de requerer regime especial, visando recuperar a parcela do imposto retido correspondente à diferença, caso venha a comprovar as alegadas operações supervenientes, nos termos do art. 359, § 6º, do RICMS/BA.

Quanto à alegação recursal de que o autuante, para determinação da base de cálculo da antecipação do ICMS, deixou de aplicar o índice de redução previsto no art. 3º-A do Decreto nº. 7799/2000, também não deve ser acatada, pois o recorrente não apresenta, como prova de sua alegação, a celebração de Termo de Acordo específico, firmado entre o Estado da Bahia e o contribuinte, cuja utilização do tratamento tributário previsto no aludido art. 3º-A está condicionada.

Por fim, conforme consignado na Decisão recorrida, a “Memória de Cálculo”, à fl. 11, demonstra que o autuante calculou corretamente o ICMS lançado de ofício, ao aplicar, para determinação da base de cálculo do ICMS a antecipar, o Preço Máximo de Venda a Consumidor – PMC, no valor de R\$97,72, sugerido pelo fabricante do produto na Nota Fiscal nº. 245022, à fl. 06 dos autos. Sobre tal montante aplicou a redução de 10%, prevista no art. 61, § 2º, I, do RICMS e na cláusula segunda, § 4º, do Convênio ICMS 76/94, resultando a base de cálculo reduzida de R\$63.322,56, a qual incidiu a alíquota de 17%, apurando o imposto no valor de R\$10.764,83, do qual deduziu o crédito fiscal destacado no mencionado documento fiscal e o valor recolhido pelo sujeito passivo antes da ação fiscal, em 29/08/2008, no montante de R\$2.174,50, conforme documentos de fls. 06 e 40/41 dos autos, resultando o ICMS ainda devido de R\$8.590,34, o qual lançou de ofício, acrescido da multa de 60%.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

## 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 299166.0474/08-7, lavrado contra **DSL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. (MULTIFARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.590,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS