

A. I. N° - 269203.0014/08-6  
AUTUADO - FARMÁCIA GASTE MENOS LTDA.  
AUTUANTE - SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 25.05.09

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0135-04/09**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com medicamentos originários de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94 o destinatário localizado neste Estado, signatário do citado Convênio, é responsável pelo pagamento do imposto por antecipação. Restou comprovado que na apuração do imposto por antecipação foi considerado o crédito fiscal de origem e a apuração da base de cálculo foi feita em conformidade com o que determina a legislação do imposto. Retificada as datas de vencimentos. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 05/08/08, exige ICMS no valor de R\$ 17.596,37, acrescido de multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos que adquiriu produtos farmacêuticos de empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária do imposto, conforme notas fiscais relacionadas nos arquivos magnéticos (Conv. ICMS 57/95) e cópia de notas fiscais juntadas ao processo.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 336 a 365), inicialmente discorre sobre a infração, e passa a contestá-la conforme razões que passou a expor.

Alega que tendo adquirido os produtos farmacêuticos da PROFARMA, oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, os mesmos são enquadrados no regime de substituição tributária “onde o contribuinte efetua o seu pagamento no ato da compra, ficando a cargo do remetente o repasse do tributo para o órgão arrecadador”.

Argumenta que não pode ser exigido o ICMS do destinatário em virtude de “erro do fornecedor”, nem tampouco ser enquadrado nos artigos 371, 125, II, “b” do RICMS/BA, e multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, por falta de recolhimento no prazo.

Afirma que no demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização foi aplicada alíquota de 17% sobre o valor das aquisições, sem que tivesse sido deduzido o ICMS pago com aplicação da alíquota de 7% nas entradas, o que no seu entendimento caracteriza “enriquecimento ilícito” do Estado.

Ressalta que foi indicado na autuação o prazo de vencimento no dia 09 do mês subsequente, enquanto o vencimento previsto é o dia 25 do mês subsequente.

Diz que a MVA aplicada nos cálculos estão erradas, visto que foi aplicada margem acima de 70% e a farmácia trabalha com três margens para produtos tabelados: Lista positiva – 38,23%; Lista negativa – 33,05% e Lista neutra – 42,85%.

Ressalta que 95% dos itens comercializados encontram-se nas listas positivas e negativas, visto que medicamento é item com “preço tabelado” pela câmara setorial de preços da ANVISA e o preço máximo ao consumidor (PMC) tem que ser o da mesma época da compra.

Salienta que a PROFARMA já foi “penalizado em outros estados por induzir empresas a erro” e o bom senso mostra que não é possível que quase todas as farmácias da Bahia cometessesem o mesmo erro e com o mesmo distribuidor.

Entende que a PROFARMA deve ser responsabilizada pelo pagamento da multa, visto que já estava estabelecida em Salvador quando começou a efetuar vendas interestaduais. Questiona qual a vantagem de enviar por via aérea de outro estado uma mesma mercadoria que ele já tem em estoque na mesma cidade onde está localizado o cliente, inclusive suspeita que as notas fiscais fossem emitidas aqui em Salvador.

Por fim, apela para o bom senso, sentimento de justiça e improcedência da autuação.

A autuante na informação fiscal (fls. 371 a 375) inicialmente discorre sobre a infração e alegações defensivas e passa a contestá-las na mesma ordem.

Afirma que se os Estados de São Paulo e Minas Gerais fossem signatários do Convênio ICMS 76/94, o Auto de Infração não havia de prosperar, mas que o Ato Cotepe-ICMS 15/97 e Despacho 05/01 com efeitos a partir de 01/04/01 dispõem sobre não aplicação das normas do citado Convênio para os Estados de São Paulo e Minas Gerais.

Argumenta que consequentemente o contribuinte varejista localizado no Estado da Bahia está obrigado a efetuar a antecipação do ICMS relativo às aquisições de produtos recebidos sem a retenção prevista na Cláusula 1<sup>a</sup>, §3º do Convênio ICMS 76/94.

Com relação à apuração do débito, afirma que foi efetuado corretamente, inclusive sido deduzido o ICMS destacado nos documentos fiscais, o que pode ser constatado nos demonstrativos acostados às fls. 12 a 79, cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme recibo passado à fl. 79.

Diz que para que não restem dúvidas, descreve às fls. 373 e 374 a indicação do que consta em cada coluna do mencionado demonstrativo, ressaltando que na última coluna, foi indicado o método utilizado para definir a base de cálculo: MVA ou PMC, tendo sido indicado no corpo do relatório, a data de emissão de cada nota fiscal além do total devido por documento fiscal.

Quanto ao equívoco apontado da data de vencimento da antecipação tributária como dia nove, reconhece que o correto é o dia vinte e cinco do mês subsequente como indicado pelo recorrente. Salienta que a indicação da data errada do vencimento não “interfere necessariamente em nada quanto ao valor do débito e à correção dos valores, que não considera dias pró-rata e tão somente a correção mensal dos valores”.

No que se refere à metodologia aplicada para determinação da base de cálculo, afirma que está correta, visto que utilizou:

- a) PMC da mesma data das operações quando publicado pela ABCFARMA;
- b) Na falta de PMC, o preço praticado pelo remetente, mais IPI, frete e demais despesas e sobre este montante, o porcentual de MVA prevista na lista negativa (49,08%) por ser a mais conservadora, dado a dificuldade de identificar se a mercadoria possuía ou não outorga de crédito do PIS/COFINS.

Relativamente ao argumento defensivo de que o imposto deveria ser exigido da PROFARMA localizada em Salvador, afirma que de acordo com as cópias de notas fiscais juntadas às fls. 80 a 251 e 3<sup>a</sup> vias entregues pelo autuado, os produtos foram adquiridos da PROFARMA situada nos Estados de Minas Gerais e São Paulo. Argumenta que estas comprovações legais é que dão suporte ao Auto de Infração, não pairando dúvida quanto à origem das mercadorias.

Finaliza dizendo que a defesa apresentada é desprovida de fatos concretos que implique em incorreção da autuação, convencida da irregularidade cometida pelo recorrente, ratificando integralmente o Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração exige ICMS por antecipação, relativo às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos).

Com relação à alegação de que adquiriu produtos enquadrados no regime de substituição tributária e o imposto deveria ser exigido do remetente, não pode ser acatada tendo em vista que conforme disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único (medicamentos) fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Logo, cabe aos estabelecimentos localizados em outros Estados, fazer a retenção e o recolhimento do ICMS quando efetuar venda de medicamentos para estabelecimentos localizados no Estado da Bahia que é signatário do mencionado Convênio. Entretanto, o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01.11.97, dispõe sobre a não-aplicação ao Estado de São Paulo das normas contidas neste Convênio ICMS 76/94.

Conforme Despacho Cotepe nº 05 de 1/03/01, o mencionado Convênio não se aplica ao Estado de Minas Gerais. Por sua vez, o Convênio 100/03 firmou adesão ao Convênio 76/94 por aquele Estado, a partir de 01/01/04, mas o Convênio 143 de 12/01/03 prorrogou a inclusão para 01/08/04 e em seguida o Convênio 68 de 13/08/04 adiou a inclusão de MG para 30/09/04 e finalmente o Convênio 83/04 adiou a inclusão de MG para 1º/01/05. Já no Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01.01.05 o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94, ficando, portanto as empresas localizadas naquele Estados eximidas do cumprimento das regras contidas naquele Convênio.

Assim sendo, não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94, pelas empresas localizadas nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, nas aquisições interestaduais de medicamentos que é enquadrado no regime de substituição tributária, o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125 tudo do RICMS/BA.

Por isso, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o ICMS deve ser exigido do fornecedor e não do destinatário das mercadorias objeto da autuação. Além do mais, em se tratando de comercialização de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, não houve retenção do ICMS-ST no momento da aquisição e pressupõe-se que o impugnante não tributou as operações de vendas do produto, o que caso ocorresse, ensejaria apenas a aplicação de uma multa de caráter formal. De qualquer forma, o procedimento adotado pelo autuado implicou em não pagamento de imposto de circulação de mercadorias de direito ao Estado da Bahia.

Relativamente ao argumento defensivo de que não foi contemplado o crédito fiscal de 7% nas entradas, na informação fiscal a autuante contestou afirmando que não procede visto que na apuração do imposto foi considerado. Verifico que conforme demonstrativos juntados às fls. 12 a 79, a autuante discriminou o crédito fiscal por produto consignado em cada nota fiscal. Tomando por exemplo a NF 2594 (fl. 12) indicou que o produto ablok 50MG, que apurou base de cálculo reduzida de R\$10,86, aplicado à alíquota interna de 17% resultou em débito de R\$1,84 do qual foi deduzido o crédito fiscal de R\$0,49 (alíquota de 7% sobre o valor de aquisição de R\$7,01) que resultou em ICMS antecipado de R\$1,36. Portanto, não procede tal alegação.

No que se refere ao argumento defensivo de que foi indicado prazo de vencimento o dia 09 do mês subsequente, enquanto o vencimento previsto é o dia 25 do mês subsequente, a autuante reconheceu na informação fiscal ter indicado errado no Auto de Infração, mas que isso não altera o débito.

Verifico que conforme disposto no art. 125, II, "b" do RICMS/BA, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário na entrada no território deste Estado, porém a ressalva contida no § 7º do mesmo artigo estabelece que o recolhimento nesta situação, poderá ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, quando o contribuinte estiver credenciado.

Portanto, é pertinente a alegação defensiva, devendo ser acolhida tal alegação, e alterada as datas de vencimentos no Auto de Infração e demonstrativo de débito para o dia 25 do mês subsequente da data de ocorrência de cada mês.

Com relação à alegação de que na apuração do imposto foi aplicada MVA incorreta, afirmindo que "tem produtos com margem acima de 70%" e trabalha com três margens da: Lista positiva (38,23%); Lista negativa (33,05%) e Lista neutra (42,85%) e que o PMC aplicado deveria ser o mesmo da época das compras, na informação fiscal foi contestado pela autuante dizendo que utilizou o PMC da época em que ocorreram as operações e na falta do PMC utilizou o preço praticado pelo remetente acrescido da MVA.

Verifico que no demonstrativo elaborado pela autuante e juntado às fls. 12/79, na apuração da base de cálculo foi utilizado de forma preponderante o PMC, em outras situações a MVA de 49,08% e MVA de 20%.

Conforme disposto no art. 61 § 5º, inciso I do RICMS/BA, para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento, nas operações com os produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados na alínea "p" do inciso II do art. 353, foi recepcionado o Convênio ICMS 76/94 em relação aquilo que for aplicável. Por sua vez, a Cláusula Segunda do mencionado Convênio determina que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial – PMC (ABCFARMA). Na falta deste, toma-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente incluído o valor do IPI, frete e demais despesas e sobre este montante o percentual da margem de valor agregado – MVA.

Pelo exposto, está correto a aplicação do PMC na apuração da base de cálculo do ICMS devido por antecipação em relação aos produtos constantes da tabela publicada pela ABCFARMA, inclusive contemplando a redução de 10% prevista na legislação.

Ressalto que conforme demonstrativo juntado à fl. 79, foi entregue ao autuado cópia do demonstrativo juntado às fls. 12 a 79.

No que se refere à alegação defensiva de que deve ser aplicado os valores constantes da época em que adquiriu as mercadorias, foi contestado pela autuante na informação fiscal de que utilizou os preços vigente da ocorrência das operações. Observo que o impugnante alegou de forma genérica que os preços utilizados não correspondem aos constantes da tabela ABCFARMA, mas não indicou de forma específica qual produto, ou em que período foi utilizado de forma incorreta. Ressalto que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, o contribuinte deve formular sua defesa fazendo-se acompanhar das provas relativas às suas alegações, fato que não ocorreu na presente situação, motivo pelo qual não a acato.

Na falta de PMC, a autuante tomou como base o preço praticado pelo remetente, mais IPI, frete e demais despesas e sobre este montante, aplicou o percentual de MVA prevista na lista negativa (49,08%). Verifico que este percentual era previsto na Tabela constante da Cláusula Segunda, § 1º, item 1 do Convênio ICMS 76/94. Redação anterior dada ao item 1 do § 1º da Cláusula Segunda com a redação dada pelo Conv. ICMS 147/02, e efeitos de 01.01.03 a 30.04.05. Portanto, também está correta a aplicação da MVA para apurar a base de cálculo dos produtos não constantes da Tabela ABCFARMA.

Com relação às demais mercadorias comercializadas pela farmácia, cabe a aplicação da MVA de 20%, a exemplo de Valda pote 200 TA relacionado à fl. 16, conforme disposto no art. 353, § 2º, sem

prejuízo do disposto na alínea “c” do inciso I, do art. 371 acerca das aquisições interestaduais (art. 61, V) tudo do RICMS/BA.

Concluo que a metodologia utilizada pela autuante na apuração da base de cálculo está correta, levando em consideração primeiro o PMC dos produtos relacionados na lista ABCFARMA; Na falta deste, o preço praticado pelo remetente, acrescido do IPI, frete e demais despesas e sobre este montante aplicado a MVA de 49,08% e por fim, para os produtos comercializados e que não são produtos farmacêuticos, aplicada a MVA de 20%.

No tocante à alegação defensiva de que a PROFARMA adotou procedimentos questionáveis que conduziram a procedimentos irregulares pelas farmácias, observo que na situação presente, todas as notas fiscais que foram objeto da autuação, foram emitidas pelas PROFARMA localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que conforme anteriormente apreciado, denunciaram o Convênio ICMS 76/94 e estava desobrigada de proceder retenção e recolhimento do imposto, cabendo tão somente ao destinatário fazê-lo na condição de contribuinte substituto, conforme previsto na Lei estadual.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 269203.0014/08-6, lavrado contra **FARMÁCIA GASTE MENOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.596,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR