

A. I. N° - **110120.0309/09-9**
AUTUADO - **DHM MEDICAMENTOS LTDA.**
AUTUANTE - **VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO**
ORIGEM - **INFAZ VAREJO**
INTERNET - **18.12.09**

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0434-04/09

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 é o responsável pelo pagamento do imposto por antecipação. Documentos juntados ao processo comprovam tratar-se de operação interestadual com medicamentos. Indeferido o pedido de revisão fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 25/03/09, exige ICMS no valor de R\$33.071,79 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 (Convênio ICMS 57/95) e cópia de notas fiscais juntadas ao processo.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 330 a 343), inicialmente esclarece que é uma empresa de pequeno porte atuante do setor varejista de produtos farmacêuticos, cumpridora das suas obrigações tributárias, especialmente o ICMS, sendo surpreendida com a autuação.

Afirma que a mesma carece de substratos legais e fáticos que lhe dê amparo, por entender que o imposto ora exigido, é devido pelo fabricante ou importador de medicamento nos termos da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº. 76/94, conforme transcreveu à fl. 332, não havendo o que se exigir do comerciante varejista, visto que ao pagar o preço indicado pelo fabricante, já pressupunha a antecipação do recolhimento do ICMS.

Alega que o enquadramento indicado (art. 61 do RICMS/BA), não aponta qual seria aquela que realmente acobertaria a sua imputação, em total conflito com o art. 39, IV, b, do citado Regulamento, que obriga indicar a verdadeira base de cálculo em que se baseia a imposição fiscal, apontando os critérios que levaram a constituição do determinado montante da dívida.

Diz que a fiscalização não considerou a existência da redução da base de cálculo da ordem de 10% sobre os referidos produtos, prevista no art. 61, §2º, I do RICMS/BA, culminando numa oneração demasiada e “não foi operada a redução da base de cálculo do ICMS sob a razão de 18,53% referente ao contribuinte atacadista de produtos farmacêuticos, fato este que gera repercussões lastimáveis no critério quantitativo da suposta dívida cobrada da Impugnante pelo Fisco Estadual”.

Aduz que o ICMS tem reflexos econômicos e financeiros cujo ônus é transferido para os consumidores e não tendo sido operada a antecipação tributária do imposto pelo fabricante, e atacadista, ao não contemplar a redução da base de cálculo gera repercussão na dívida cobrada pelo fisco estadual.

Salienta que faz jus à dedução dos valores de PIS/COFINS devidos nas operações de vendas de medicamentos, prevista no art. 87, XIII, a, do RICMS/BA, o que não foi observado pelo preposto fiscal Estadual, acarretando acréscimo injustificado da exação posta em questão.

Alega que a fiscalização autuou compra de medicamentos em outros Estados, quando, na verdade, realizou pedidos a PROFARMA, a qual mantém estabelecimento fixo em Salvador/BA, tendo aquela empresa agido com “manifesto ardil” perante às empresas varejistas de medicamentos, deixando transparecer aquisição de mercadorias interestadual, quando a própria cópia dos pedidos de mercadorias aponta para uma aquisição interna.

Reafirma que “... as cópias dos pedidos de aquisição ... efetivamente comprou os produtos farmacêuticos de uma empresa estabelecida no Estado da Bahia, que aqui detém inscrição estadual e depósitos de mercadorias para oferecimento em larga escala às empresas atuantes do setor varejista”, comprometendo-se a juntar documentos, para provar que adquiriu as mercadorias junto à PROFARMA, que não agiu com boa fé, confabulando hipótese de aquisição interestadual de mercadorias.

Afirma que “a partir da análise do comunicado expedido pela Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, documento este constante dos autos da presente autuação, no sentido de informar que a autuação fiscal deveria ser realizada no Estado da Bahia, demonstrando que não houve qualquer circulação de mercadorias entre os Estados de Minas Gerais e Bahia”.

Argumenta que o correto seria autuar a PROFARMA, visto que a sua postura irregular lhe causou prejuízo injustificado, por ter adquirido mercadorias neste Estado e culminado em aquisição interestadual, pugna pela posterior juntada das cópias dos comprovantes dos pedidos endereçados àquela empresa, em razão do prazo restrito entre a autuação e defesa.

Salienta que o Convênio ICMS nº. 74/96 prevê facilitação da tributação do ICMS sobre medicamentos entre suas unidades signatárias, atribuindo ao fabricante ou importador da mercadoria, quanto à retenção antecipada do ICMS devido nas operações subsequentes (Cláusula primeira - fl. 339) concentrando a cobrança na primeira etapa da circulação da mercadoria, a industrialização do medicamento ou produto farmacêutico.

Atenta que a Secretaria da Fazenda/BA emite opinião que convive em consonância com sua linha de raciocínio, conforme Parecer Tributário nº. 11829/2008 e também a decisão do julgamento do Auto de Infração nº. 9068317/99 pela 3ª JJF do CONSEF.

Afirma que sendo a responsabilidade pelo recolhimento do imposto do fabricante ou importador do medicamento, é ilegítima a cobrança que lhe é imputada, não havendo motivação suficiente para mover ação fiscal contra ele e sim contra o fabricante do medicamento ou o distribuidor/atacadista dos produtos farmacêuticos.

Diz que ainda por absurdo, caso desconsidere a existência de permissivo legal que exima a Impugnante do recolhimento antecipado do ICMS em questão, a autuação não obedeceu à sistemática jurídico-tributária ora vigente, prevista no seu art. 61, § 2º, I do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 334, tendo em vista que a autuante ao considerar que houve falta de antecipação do imposto referenciado às aquisições interestaduais de medicamentos junto a empresa PROFARMA, “não aplicou o percentual de redução da base de cálculo retro-mencionado”, o que aumentou a base de cálculo do imposto.

Afirma que se o Fisco Estadual imputa o dever de recolher o ICMS sobre as operações subsequentes de circulação dos produtos farmacêuticos, obrigação que deveria ser cumprida pelos fabricantes ou importadores de medicamentos, subentende-se que não foi operada qualquer redução da base de cálculo nas operações anteriores, sem contemplar a redução da base de cálculo de 10% que faz jus.

Ressalta que o art. 39, IV e V, do RICMS/BA determina que o autuante deve indicar os critérios que o levaram à constituição do suposto crédito tributário e indicação dos dispositivos da legislação

tributaria infringidos, em consonância com o art. 142, do Código Tributário Nacional (CTN), cuja redação mereceu transcrever à fl. 335.

Salienta que a atividade de lançamento tributário é vinculada, constituindo como dever do agente público fiscal não só a indicação de valores em planilhas de cálculo, mas também indicar o critério que possibilitou a apuração do imposto, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal (art. 5º, da CF/88).

Afirma que o *caput* do art. 61 do RICMS, é composto de 15 incisos e parágrafos e sua citação não determina o critério utilizado pelo autuante na apuração do débito. Atenta que o “RICMS do Estado da Bahia, estabelece no seu art. 3-A”, redução de 18,53% conforme transcreveu à fl. 337.

E que tendo sido acusado de adquirir medicamentos em operação interestadual “percebe-se claramente que a redução da base de cálculo supramencionada também não foi observada pelo Fisco do Estado da Bahia” e também a dedução dos valores pagos a título de PIS/COFINS sobre medicamentos, a serem abatidos da base de cálculo do ICMS (art. 87).

Por tudo que foi exposto, requer a improcedência da autuação, revisão fiscal para contemplar a dedução de 10% e 18,53 % sobre a base de cálculo do ICMS para fins de antecipação tributária, além da dedução dos valores atinentes ao PIS e COFINS nestas mesmas operações. Protesta pela juntada posterior de documentos que visem provar as suas alegações, sobretudo a cópia dos pedidos de aquisição de medicamentos junto à empresa PROFARMA, comprovantes de recolhimento do PIS e COFINS relativos às operações em destaque.

Pugna pela posterior juntada das cópias dos comprovantes dos pedidos endereçados à PROFARMA, em razão do prazo restrito entre a autuação e defesa.

A autuante na informação fiscal (fls. 696 e 697) inicialmente discorre sobre a infração apontada, e diz que descabe a alegação defensiva de que somente o fabricante ou importador é responsável para proceder à retenção do imposto nas operações subsequentes nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94. Afirma que na situação em tela, não foi efetuada retenção do ICMS-ST na operação de venda dos medicamentos, cabendo ao destinatário fazer a retenção do imposto nos termos da Cláusula 1ª, §3º do citado Convênio.

Com relação à redução de 10% na base de cálculo, afirma que tal redução foi contemplada no demonstrativo juntado às fls. 196 a 298, atendendo ao disposto no art. 61, parágrafo segundo, I do RICMS/BA.

Quanto à redução pleiteada de 18,53%, afirma que o contribuinte não tem direito, tendo em vista que esse benefício é restrito aos distribuidores atacadistas, mediante Termo de Acordo, nos termos do art. 3-A do Dec. 7.799/00 que não é o caso do requerente.

Com relação ao argumento de que adquiriu as mercadorias da PROFARMA situada em Salvador, afirma que as cópias das notas fiscais juntadas às fls. 08/195 demonstram que os produtos foram adquiridos de estabelecimentos daquela empresa localizado em Minas Gerais, conforme demonstrativos juntados às fls. 196/325, que no seu entendimento constituem provas legais quanto à origem da mercadoria.

Acrescenta que no citado demonstrativo forma indicados os dados da empresa emitente da nota fiscal, produto, alíquota de origem e interna, Preço Máximo de Venda ao Consumidor (PMC) sobre o qual constituem a base de cálculo para cobrança do imposto nos termos da Cláusula Segunda do Convênio 76/94, a base de cálculo reduzida e o valor do ICMS-ST devido.

Finaliza dizendo que diante do exposto requer a procedência da autuação.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado solicitou realização de revisão fiscal para contemplar a deduções na base de cálculo do ICMS para fins de antecipação tributária. Indefiro tal pedido face à sua desnecessidade, conforme será apreciado no mérito da questão.

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

Na defesa apresentada o autuado alegou que a antecipação do ICMS ora exigida é devida pelo fabricante ou importador de medicamento nos termos da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº. 76/94, e não dele que é comerciante varejista.

Verifico que o ICMS ora exigido refere-se à aquisição de medicamentos, produto enquadrado no regime de substituição tributária (Convênio ICMS 76/94), na PROFARMA localizada no Estado de Minas Gerais.

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 Estado eximidas do cumprimento das regras contidas naquele Convênio em relação a retenção e recolhimento do ICMS nas operações de vendas interestaduais.

Assim sendo, não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94, pelas empresas localizadas no Estado de Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos (produto 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. Assim sendo, não pode ser acatada tal alegação defensiva, visto que sendo o recorrente adquirente de medicamentos em outros Estados, é obrigado a fazer o pagamento do ICMS por antecipação.

Com relação ao argumento de que na apuração do ICMS-ST não foram consideradas as reduções de 10% e 18,53% previstas no art. 61, §2º, I do RICMS/BA e art. 3-A, do Dec. 7.799/00, verifico que no demonstrativo juntado às fls. 196 a 325, foi contemplada a redução de 10%, a exemplo do produto Aradois relacionado na fl. 196 cujo PMC era de R\$34,21 e na apuração do ICMS-ST (art. 62, §2º, I do RICMS/BA) foi considerada a base de cálculo reduzida no valor de R\$30,79, fato que se repete para os demais produtos. Portanto não procede tal alegação.

Já com relação à redução de 18,53% não pode ser acatada, tendo em vista que o artigo 3-A citado na defesa como se fosse do RICMS/BA, é na realidade do Dec. 7.799/00 que abaixo transcrevo:

“Art. 3º-A. Nas aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes, quando feitas diretamente a estabelecimentos industriais, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53% (dezento e cinquenta e três centésimos por cento), sem prejuízo da redução prevista no § 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento)”.

Logo, tal redução na base de cálculo é aplicada na apuração do ICMS-ST, em relação à operação de aquisição de medicamentos por distribuidoras situadas neste Estado, que não é a situação do contribuinte, portanto não devem ser aplicados nas operações objetos da autuação.

Quanto à alegação de que não foi contemplada na base de cálculo, a dedução do PIS e COFINS prevista no art. 87, XIII do RICMS/BA, verifico que conforme disposto na Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, 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, sendo que a citada Cláusula Segunda, indica para a:

- A) LISTA NEGATIVA, a MVA de 49,08% (alíquota interna/destino é de 17% e origem de 7%);
- B) LISTA POSITIVA, a MVA de 54,89% (alíquota interna/destino é de 17% e origem 7%) quando “beneficiados com a outorga do crédito para o PIS/PASEP e COFINS previsto no art. 3º da Lei Federal 10.147/00”;

C) LISTA NEUTRA, a MVA de 58,37% (alíquota interna é de 17%) e “não tenham sido excluídos da incidência das contribuições previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei 10.147/2000, na forma do § 2º desse mesmo artigo”.

Percebe-se que a dedução dos valores pagos a título de PIS/COFINS é contemplada na apuração da base de cálculo das aquisições de medicamentos, por meio da MVA aplicada. Na situação presente, verifico que no demonstrativo utilizado pela autuante, foi utilizado em primeira ordem o valor do Preço Máximo de venda a Consumidor (PMC), para os produtos relacionados na Tabela de Preço sugerida pelo fabricante (Tabela ABCFARMA), e na segunda ordem, o preço do produto acrescido das Margens de Valor Agregado (MVA) de 49,08% para os produtos não constantes da citada Tabela.

Logo, na apuração da base de cálculo foi utilizada a MVA menor que é da LISTA NEGATIVA, que contempla a dedução do PIS/PASEP e não assiste razão ao impugnante.

Quanto ao argumento de que comprou medicamentos na PROFARMA localizada em Salvador, verifico que todas as notas fiscais juntadas ao processo indicam como fornecedores a PROFARMA localizada no Estado de Minas Gerais. Apesar de ter se comprometido a juntar documentos para provar o alegado, foi juntado com a defesa apenas cópias das notas fiscais que fazem prova em contrário e cópia do demonstrativo elaborado pela autuante (fls. 376/692). Ressalto que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

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, 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.

No tocante à alegação de que o Parecer Tributário nº. 11829/2008 e a decisão contida no julgamento do Auto de Infração nº. 9068317/99 pela 3ª JJF do CONSEF se coadunam com o seu posicionamento de que o fabricante e o importador devem fazer a retenção do ICMS nas operações interestaduais com medicamentos, conforme previsto no Convênio ICMS 76/94, verifico que em ambos (Parecer e Acórdão) tratam de operações com Estados signatários do mencionado Convênio ICMS, sendo correto o posicionamento. Entretanto, no caso presente, trata-se de operações com medicamentos originários de Estado não signatário do citado Convênio (Minas Gerais), logo o fornecedor não está obrigado a fazer a retenção e recolhimento do ICMS para o Estado destinatário das mercadorias, passando neste caso, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS ao adquirente das mercadorias localizados nos Estados de destino e correto o procedimento da fiscalização.

No que se refere aos critérios para apuração do ICMS-ST, constato que conforme anteriormente apreciado, a autuante na apuração da base de cálculo, utilizou primeiro o PMC com a aplicação da redução de 10% para os produtos relacionados na tabela ABC FARMA; em seguida utilizou a MVA de 49,08% prevista no Convênio ICMS 76/94 (Anexo 88 do RICMS/BA), logo tendo sido indicado como enquadramento os artigos 371 e 61 do RICMS/BA e produzido os demonstrativos que foram entregues ao impugnante, entendo que atende ao disposto no art. 39, IV e V, do RPAF/BA. Assim sendo, o autuado comprehendeu qual foi o motivo da autuação (não antecipação do ICMS em operações de compra interestaduais) tanto que se defendeu do que estava sendo acusado e não é razoável tal alegação motivo pelo qual não acato.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.^o 110120.0309/09-9, lavrado contra **DHM MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.071,79** 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, 15 de dezembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR