

**PROCESSO** - A. I. Nº 207457.0733/08-6  
**RECORRENTE** - FARMÁCIA PASSOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0168-04/09  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 07/07/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0162-11/10

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 pelas empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes. Rejeitadas as preliminares. Infração subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0168-04/09), que julgou Procedente a presente autuação, lavrada para exigir o ICMS, no valor de R\$ 3.944,96, que deveria ter sido recolhido por antecipação, ante a qualidade do autuado de sujeito passivo por substituição, relativamente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88 e 89.

Consigna o Auto de Infração que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária, conforme relação de notas fiscais geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos – Convênio ICMS 57/95 – e cópias de notas fiscais anexadas.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, aduziu que, na defesa apresentada, o impugnante reconheceu o cometimento da infração, tendo apenas contestado o valor do débito por entender que não foi compensado na sua apuração o valor do imposto pago na fase anterior (crédito fiscal), o que foi contestada pelo autuante.

Verifica o órgão julgador que, pela análise dos elementos contidos no processo, conforme demonstrativo elaborado pela autuante e juntado às fls. 11 a 49, o qual foi recebido pelo contribuinte, foi indicado, de forma individual, o valor do PMC de cada medicamento constante na nota fiscal, o desconto, o ICMS próprio, a base de cálculo normal e a base de cálculo reduzida e o valor do ICMS antecipado.

Portanto, concluiu a JJF que assiste razão à autuante de que, na apuração do débito, foi deduzido, de forma individualizada por produto, o crédito fiscal destacado na nota fiscal de origem, sendo impertinente a alegação do contribuinte. Assim, julgou procedente o Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, onde, preliminarmente, ao fazer um breve histórico dos fatos, do Auto de Infração e da Decisão recorrida, aduz que:

*“O Acórdão recorrido, todavia, fazendo coro com a voz do ilustre Autuante nas notas fiscais foram deduzidos, a exemplo das operações que destaca reclamada na autuação diz respeito não apenas à COMPLEMENTAÇÃO 1*

Created with

*DIFERENÇA DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL, COMO TAMBÉM AO ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS, SALTANDO DO VALOR INDICADO EM CADA NOTA FISCAL, PARA UMA BASE ALEATÓRIA – “PMC DA ABCFARMA”, como reconhece o Acórdão, além de acrescentar elevadíssima penalidade peciária de valor equivalente a 60% do tributo já arbitrado no Auto de Infração, por via elevação da base de cálculo, desprezando os valores indicados em cada nota fiscal.” (sic)*

Em seguida, o recorrente salienta que se trata de absurdo arbitramento de base de cálculo de ICMS, apesar das mercadorias estarem acompanhadas de notas fiscais, com indicativos precisos dos valores reais das operações, base de cálculo utilizada para destaque do ICMS. Aduz que, em nenhum momento o autuante declarou que estivesse arbitrando a base de cálculo do ICMS, preferindo uma forma sutil de arbitramento, referindo-se a “apuração com base no PMC da ABCFARMA”.

Alega que tal exigência não tem critério legal, nem tampouco fundamento constitucional, pois não leva em conta a capacidade contributiva da empresa, nem tampouco a sua capacidade de repassar tais acréscimos de tributos para os consumidores, perdendo poder de concorrência. Por fim, ressalta que a ABCFARMA representa previsões de preços genéricos, irreais, com a inclusão de expectativa de infração (inflação) e de ganhos aleatórios para grandes farmácias, sem levar em conta a oscilação do mercado.

Assim, requer que seja provido o Recurso Voluntário para decretar a nulidade do arbitramento e do Auto de Infração, ou, alternativamente, que seja julgado improcedente.

A PGE/PROFIS, por conduto do Parecer de fls. 149/152, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, uma vez que não ocorreu o arbitramento da base de cálculo, conforme, equivocadamente, entendeu o recorrente, do que transcreve a base legal utilizada pela autuante para sedimentar o lançamento de ofício.

## VOTO

É injustificada a preliminar de nulidade do Auto de Infração, suscitada pelo sujeito passivo, fundamentada na alegação de que a base de cálculo estabelecida através do PMC da ABCFARMA, em detrimento aos valores reais constantes nos documentos fiscais, caracteriza arbitramento da base de cálculo do ICMS, visto que, de acordo com as cópias de notas fiscais coligidas aos autos, trata-se de medicamentos originários de Estados não mais signatários do Convênio ICMS 76/94, ficando, em virtude disso, eximidos do cumprimento das obrigações de substitutos tributários ali estabelecidas, em relação à retenção do imposto devido nas operações subsequentes de responsabilidade do fabricante ou importador, conforme disposto no Convênio ICMS 76/94.

Nesta condição, não havendo convênio ou protocolo com os Estados de São Paulo e de Minas Gerais, a responsabilidade pela antecipação tributária passa a ser do adquirente, localizado no Estado da Bahia, em face do princípio da territorialidade da legislação estadual, consoante previsto no art. 371 do RICMS, o qual estabelece *in verbis*:

*Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.*

Quanto à base de cálculo do imposto, o Parecer da PGE/PROFIS é bem cristalino ao reproduzir as normas que sedimentam a presente autuação e que comprovam a correta adoção da base de cálculo pela autuante, não havendo que se falar em arbitramento da base de cálculo, mas, sim, na aplicação da legislação, conforme previsto no art. 61, I e II, c/c o § 2º, I, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, os quais estabelecem que:

*Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para a entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses reguladas*

*I - 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;*

*II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, 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) relativa às operações subseqüentes, de acordo com o percentual previsto :*

*§ 2º Para efeitos de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos a seguir indicados, a determinação da base de cálculo será feita segundo os seguintes critérios:*

*I - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS 76/94.*

Já o art. 23, §§ 2º e 3º, da Lei nº 7.014/96, estabelece que:

*Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:*

*§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido*

*§ 3º Nas situações previstas em regulamento, em substituição ao disposto no inciso II do caput deste artigo, a base de cálculo para fins de substituição tributária será o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador.*

Por sua vez, o Convênio ICMS 76/94, em sua cláusula segunda estabelece que:

*Cláusula segunda - 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.*

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, corroborando com o Parecer da PGE/PROFIS, o qual concluiu que, conforme as normas acima que sedimentam a presente autuação e que comprovam a correta adoção da base de cálculo pela autuante, não há que se falar em arbitramento da base de cálculo, mas, sim, na adoção do regime de substituição tributária.

## 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 **207457.0733/08-6**, lavrado contra **FARMÁCIA PASSOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.944,96**, 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, 27 de maio de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS