

A. I. Nº - 210437.0303/09-1  
AUTUADO - DISTRIBUIDORA BRANEVES LTDA.  
AUTUANTE - RAILIA ASSUNÇÃO SOUZA MACHADO  
ORIGEM - INFAS BRUMADO  
INTERNET - 11/06/2010

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0125-03/10**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS PROCEDENTES DE ESTADOS NÃO SIGNATÁRIOS DE ACORDO INTESESTADUAL. (CONVÉNIO OU PROTOCOLO) PARA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. A defesa não comprovou o recolhimento do tributo ou que o imposto foi antecipado com base nos preços publicados em revistas do setor farmacêutico, haja vista que nas operações interestaduais com medicamentos, a base de cálculo para fins da antecipação será o valor constante na tabela de preços sugerido pelo fabricante e publicado em revistas específicas. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2009, refere-se à exigência de R\$181.794,79 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo pos substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) de outras unidades da Federação. Contribuinte sem Termo de Acordo referente ao Decreto 7.799/00, adquiriu produtos farmacêuticos de empresas distribuidoras de Estados da Federação (Minas Gerais e Goiás) não signatárias do Convênio ICMS 76/94, período de julho de 2007 a maio de 2009. Valor do débito: R\$55.094,99.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) de outras unidades da Federação. Contribuinte sem Termo de Acordo referente ao Decreto 7.799/00, adquiriu produtos farmacêuticos de empresa distribuidora de Estados da Federação (Minas Gerais e Goiás) não signatário do Convênio ICMS 76/94, nos meses de julho, setembro, outubro, dezembro de 2007; janeiro, fevereiro, abril, maio, agosto, outubro e dezembro de 2008. Valor do débito: R\$126.699,80.

O autuado, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 451, apresentou impugnação (fls. 433 a 447), alegando que em relação à infração nº 01, a autuante considera como base de cálculo da substituição tributária o preço máximo de venda ao consumidor, sugerido pelos fabricantes em revistas especializadas (ABCFARMA), conforme previsto no artigo 61, inciso I, primeira parte, em total dissonância com a base de cálculo efetivamente praticada pelo autuado, conforme previsto no artigo 61 Inciso II, ambos do RICMS/BA, conforme se constata nas notas fiscais de compra e respectivos DAE'S e GNRE'S de pagamento. Quanto à infração nº 02, o defendente reconhece que não houve recolhimento do ICMS Substituição Tributária, entretanto, discorda da base de cálculo utilizada pela autuante, posto que, exige o ICMS Substituição Tributária da mesma forma que exige na infração de nº 01, ou seja, exige que o autuado recolha o ICMS Substituição Tributária utilizando como base de cálculo o preço máximo de venda a consumidor extraído das revistas farmacêuticas. Em seguida, o defendente comenta sobre a atuação dos tributos e sobre a ação da autoridade fiscal, salientando a tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a

legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade”. Comenta sobre os princípios de direito, inclusive da verdade material e diz que em relação à Substituição Tributária, a base de cálculo, prevista no artigo 61 do RICMS/BA, assim expressa:

- “a) O preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente;
- b) O preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador;
- c) O preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado pela autoridade competente;
- d) 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 subsequentes, de acordo com o percentual previsto”.

O defendant apresenta o entendimento de que é impossível a distribuidora de produtos farmacêuticos prever os preços a serem praticados por cada uma das centenas de farmácias que lhe adquiriu medicamentos para revenda ao consumidor. Desse modo, alega que a aplicação da base de cálculo prevista no artigo 61, inciso I, primeira parte, ou seja, o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, não tem aplicabilidade, uma vez que, o substituto tributário não pode reconhecer o ICMS Substituição Tributária, porque não sabe se os preços praticados pelos substituídos serão os mesmos em todos os estabelecimentos (farmácias). Salienta que tal previsão só seria possível, se em nosso país não estivesse vigorando há décadas, a verdadeira economia de mercado, em que, não há obrigatoriedade de os comerciantes varejistas praticarem os mesmos preços; seja por tabelamento fixado pela autoridade competente, como existia com os combustíveis ao tempo do DNCC (terceira parte do inciso I do artigo 61 do RICMS/BA); seja através de preços sugeridos em revistas não oficiais (segunda parte do inciso I dos artigo 61 do RICMS/BA). Diz que o nosso legislador tributário, em consonância com o princípio da verdade material, de forma excludente, previu no inciso II do artigo 61 do citado diploma legal, a utilização da base de cálculo do ICMS Substituição Tributária pelos distribuidores de produtos farmacêuticos nos moldes ali previstos. Portanto, o defendant alega que é descabida a exigência fiscal porque o substituto tributário, *in casu*, a DISTRIBUIDORA BRANEVES LTDA, não pode prever, garantir ou exigir que o contribuinte substituído, ou seja, as farmácias comercializem seus produtos farmacêuticos pelos preços sugeridos em revistas pelos fabricantes das diversas unidades da Federação. Diz que no caso de produtos farmacêuticos não deve ser exigido que se tome como base de cálculo para recolhimento do ICMS substituto, o preço sugerido por outros fabricantes. Quanto à hipótese de preço sugerido pelo industrial, a princípio poderia se pensar que pudesse ser utilizada, já que alguns laboratórios têm seus preços publicados em revistas farmacêuticas. Contudo, a publicação feita em tais revistas não tem o condão de fixar a base de cálculo porque não são dotados da devida segurança, possuindo caráter meramente informativo. Cita decisões do CONSEF no ACÓRDÃO JJF Nº 0972/01; ACÓRDÃO JJF Nº 1118/99 e ACÓRDÃO JJF Nº 1241/99, transcrevendo trechos dos julgamentos. Diz que não há preço fixado por autoridade competente e como não há qualquer comprovação de que o autuado tenha publicado ou divulgado seus preços em tais revistas, ou mesmo sugerido ao público por qualquer meio os preços de seus medicamentos, devendo ser aplicado o disposto no inciso II do art. 61, que estabelece os percentuais sobre a base de cálculo para o referido imposto, formada pelo preço de fábrica agregado das despesas que o oneram, com a MVA respectiva.

No que se refere a infração de nº 02, o autuado reafirma que não recolheu o ICMS exigido. e requer a expedição dos DAEs respectivos, nos termos previstos RICMS/BA aprovado pelo decreto 6284/97. Por fim, o defendant a pí Auto de Infração.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 547 a 549 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o autuado não questionou a responsabilidade tributária, nem os fatos geradores e as alíquotas aplicadas no cálculo do imposto exigido. Salienta que o autuado discordou da base de cálculo utilizada nas infrações 01 e 02, citando o art. 61, § 2º, inciso I do RICMS/BA. A autuante informa que foram anexadas aos autos cópias das notas fiscais (fls. 39 a 127) e da revista ABCFARMA (fls. 257 a 430). Afirma que está correta a apuração da base de cálculo, e discorda dos argumentos apresentados pelo defendant. Cita a Portaria Ministerial nº 37/92, salientando que em diversas notas fiscais do remetente há informação do PMC, a exemplo das notas fiscais de números 7804, 12558, 13084 (fls. 70, 80 e 84 – Laboratório Pharmascience); NFs 051204, 051205 e 053949 (fls. 114, 115 e 122 – Laboratório Vitapan). Pede a procedência do presente lançamento.

O defendant apresentou requerimento protocolado nesta SEFAZ sob o nº 444685/2010-4, pedindo a juntada de cópias de Notas Fiscais de Venda a Consumidor, alegando que tais documentos descaracterizam a autuação porque as mercadorias foram destinadas ao atendimento da população através das Prefeituras e hospitais. Entende que não há que se falar em cobrar ICMS destas operações, e que a fase de tributação está encerrada. Cita o art. 355, inciso IV do RICMS/BA.

## VOTO

O Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por falta de recolhimento e pagamento a menos do imposto sobre mercadorias (medicamentos), adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, sendo apurado no primeiro item, recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo pos substituição, referente às aquisições de medicamentos de outras unidades da Federação, conforme demonstrativos de fls. 17 a 28 do PAF. Na infração 02, foi constatada a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos de outras unidades da Federação, conforme demonstrativos de fls. 29 a 38 do PAF. O autuado adquiriu produtos farmacêuticos de empresas distribuidoras de outros Estados da Federação (Minas Gerais e Goiás), não signatárias do Convênio ICMS 76/94.

Conforme salientou a autuante, na informação fiscal, o defendant não questionou a sua responsabilidade pelo recolhimento do tributo exigido no presente lançamento, nem os dados numéricos do levantamento fiscal e as alíquotas aplicadas no cálculo do imposto exigido, haja vista que o defendant discordou apenas da base de cálculo utilizada nas infrações 01 e 02, citando o art. 61, incisos I e II do RICMS/BA.

Assim, quanto à primeira infração, o defendant alega que a autuante considerou como base de cálculo da substituição tributária o preço máximo de venda ao consumidor, sugerido pelos fabricantes em revistas especializadas (ABCFARMA), em total dissonância com a base de cálculo efetivamente praticada pelo autuado. Diz que não pode prever, garantir ou exigir que o contribuinte substituído (as farmácias), comercializem seus produtos farmacêuticos pelos preços sugeridos em revistas pelos fabricantes das diversas unidades da Federação, e no caso de produtos farmacêuticos não deve ser exigido que se tome como base de cálculo para recolhimento do ICMS substituto, o preço sugerido por outros fabricantes.

No que se refere a infração de nº 02, o autuado reconhece que não recolheu o ICMS exigido e apresenta as mesmas alegações da primeira infração quanto à base de cálculo. Requer a expedição dos DAEs respectivos, nos termos previstos no inciso II do artigo 61 do RICMS/BA aprovado pelo decreto 6.284/97.

De acordo com os demonstrativos acostados aos autos, na apuração do débito foram indicados os dados relativos ao número e data de emissão de cada nota fiscais, quantidade, preço máximo ao consumidor, sendo considerados os c

documentos fiscais objeto da autuação, redução da base de cálculo de 10% e os valores pagos, nos casos de recolhimentos efetuados a menos.

Em relação aos medicamentos, as tabelas de preços publicadas periodicamente são válidas, os preços são originários de informações dos fabricantes e na prática, o comerciante varejista não adota preço superior ao sugerido pelo fabricante. Dessa forma, os preços publicados em revistas, a exemplo da ABIFARMA, ABCFARMA e ABAFARMA, são utilizados em todo o Brasil, material que é produzido e publicado para conhecimento de todos os distribuidores, consumidores, entidades governamentais, encontrando-se inclusive em balcões de farmácias e drogarias, e o Fisco utiliza esse material por entender que essas tabelas prevalecem, por se constituírem fonte que merecem credibilidade.

Saliento que de acordo com o § 2º do art. 23 da Lei 7.014/96, “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”. Já o e § 3º deste mesmo artigo prevê que “na falta do preço estabelecido pelo órgão competente a que se refere o parágrafo anterior, a base de cálculo para fins de substituição tributária, poderá ser o preço final fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador, se houver, desde que, comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído. Assim, no caso dos medicamentos, o cálculo da substituição tributária é feito com base nos preços sugeridos pelos fabricantes publicados em listagens, a exemplo daquelas publicadas pela ABIFARMA, ABAFARMA e ABCFARMA, tendo em vista que as citadas listagens estão disponíveis e são utilizadas para as consultas de preços que forem necessárias. Ademais, o preço ao consumidor, consta em diversas notas fiscais, e o defensor demonstrou ter conhecimento das referidas revistas, embora tenha discordado de sua aplicação pelo fisco.

Como a defesa não comprovou o recolhimento do tributo ou que o imposto foi antecipado com base nos preços publicados em revistas do setor farmacêutico, conlui pela subsistência das infrações 01 e 02.

O defensor pediu a juntada de cópias de Notas Fiscais de Venda a Consumidor, alegando que tais documentos descharacterizam a autuação porque as mercadorias foram destinadas ao atendimento da população através das Prefeituras e hospitais, citando o art. 355, inciso IV do RICMS/BA.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que não está comprovado que estas operações correspondem à totalidade das mercadorias adquiridas ou que se trata de venda efetuada com as mesmas mercadorias objeto da autuação fiscal. Ademais, o autuado poderá requerer da Gerência de Substituição Tributária autorização, visando a recuperar a parcela do imposto pago antecipadamente, conforme previsto no art. 359, § 6º do RICMS/BA.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210437.0303/09-1, lavrado contra **DISTRIBUIDORA BRANEVES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$181.794,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZEI

Created with

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIE



**nitroPDF professional**

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)