

**A. I. Nº** - 217683.0502/10-3  
**AUTUADO** - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS SANTANA LTDA.  
**AUTUANTE** - EDUARDO EPIFANIO DA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT-NORTE  
**INTERNET** 13.09.2013

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF Nº 0185-04/13

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MEDICAMENTOS DE USO HUMANO E DEMAIS PRODUTOS COMERCIALIZADOS EM FARMÁCIA. Nas operações interestaduais com medicamentos o contribuinte alienante, neste Estado, exceto NBA hipótese de já tê-los recebido com imposto antecipado, responde pelo lançamento e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição (RICMS/BA: art. 353, II). Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/05/10, exige ICMS de R\$16.890,39, por falta de retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Período: maio 2010.

O autuado impugna o auto de infração às fls. 34 a 41. Diz que vende medicamentos e produtos farmacêuticos a farmácias e, em alguns casos, ao adquirir tais mercadorias para revenda sujeita-se à ST por força dos Convênios 76/94, 99/94 e 04/95, cujo imposto somente deveria ser recolhido no momento da real saída das mercadorias.

Aduz que vem sendo submetida à substituição tributária, bem como à antecipação tributária, que apesar possuírem semelhante forma de apuração, não se confundem quanto ao momento do recolhimento, nem quanto às partes envolvidas, pois os contribuintes não são os mesmos.

Expressa que a “substituição tributária” envolve participação de dois sujeitos passivos: fornecedor, como contribuinte substituto responsável pelo recolhimento antecipado devido pelo adquirente que é o contribuinte substituído, enquanto que a “antecipação tributária” envolve apenas o contribuinte que recolhe o tributo por antecipação, na entrada das mercadorias, em relação às saídas que ele mesmo promoverá no futuro.

Fala que a lide se centra na determinação da base de cálculo para se apurar o valor do ICMS a ser antecipado, pois o autuante diz que é o valor do medicamento constante na Revista ABCFARMA e o Impugnante entende ser o preço pelo qual a indústria vende seus produtos e constante nas NF's.

Alega a impossibilidade jurídica de uso de Pauta Fiscal para determinação da base de cálculo e que a Revista ABCFARMA não registra informação oficial, mas oficiosa ligada a interesse publicitário. Observa que mesmo constando na revista o preço do fabricante, nada impede a indústria vender medicamento com valor inferior, desde que lhe seja vantajoso oferecer desconto incondicional para maior volume de vendas.

Ilustra que o preço do fabricante decorre do custo de produção acrescido da margem de lucro e os preços da Revista ABCFARMA são obtidos dos estabelecimentos industriais, por informações não oficiais. Entende que, por proibição legal com intuito de se manter a estabilidade da política monetária, o que não se pode é praticar preços crescentes.

Lembra que, com raras exceções, o preço ABCFARMA é o mesmo das notas fiscais, mas o autuante elaborou demonstrativos de apuração do ICMS antecipado se referenciando a valores da Revista ABCFARMA, mas que não constam das NFs. Diz que essa “pequena falha” acarreta equívocos, porque em uma ou mais NFs relacionadas para determinação da base de cálculo, existem medicamentos com preços diferentes dos da Revista ABCFARMA.

Ressalta que existem medicamentos que não constam de revista publicitária utilizada como Pauta Fiscal, o que é razão para afirmar que a base de cálculo decorre do valor constante na NF e não da revista, que serve tão somente como ilustração, não possuindo crivo de obrigatoriedade.

Repete que o valor a ser tomado para base de cálculo é o constante das NF's, pois retratam a efetiva operação realizada, considerando os descontos comerciais.

Discorrendo sobre a base de cálculo do ICMS transcreve os arts. 8º, II e 13, §1º da LC 87/96, consigna que o uso de pauta fiscal não está autorizado como método de apuração de base de cálculo de ICMS e transcreve ementa de decisão judicial nesse sentido.

Conclui pedindo a improcedência da ação fiscal bem como a nulidade do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 53 a 55. Descreve as infrações, resume os argumentos da defesa e passa a contestá-los.

Informa que no cálculo da base de cálculo do ICMS ST utilizou o Preço Máximo de Venda ao Consumidor – PMC, conforme preceitua a Cláusula segunda do Conv. ICMS 76/94, que consta destacado nas NF's objeto da autuação, logo não seria verídica a alegação defensiva que utilizou dados da Revista ABCFARMA, pois isso não se fez necessário.

Diz que o autuado cita fragmentos da LC 87/96 para contestar a base de cálculo do ICMS, mas omite o §3º do art. 8º que dispõe: *“Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço”*. Portanto, o PMC indicado no Conv. 76/94 tem previsão legal.

Salienta que os valores de ICMS destacados nas GNRE's foram tidos como crédito fiscal e pede seja o AI julgado procedente.

Conforme pedido de fl. 58 o PAF foi convertido em diligência para:

Autuante

Juntar ao PAF demonstrativo de débito com indicação das quantidades de produtos e PMC constantes dos DANFEs objeto da autuação.

Infaz

Intimar o autuado para conhecer o resultado da diligência fiscal, com fornecimento dos demonstrativos juntados ao PAF;

Reabrir o prazo de defesa de 30 dias;

Caso o autuado se manifeste, o autuante deverá produzir nova informação fiscal.

Conforme fls. 62, juntando os demonstrativos de fls. 63 a 67, o autuante informa: 1. Na totalização dos DANFE's constatou o valor de R\$ 34.106,73; 2. Na apuração dos créditos constatou R\$ 2.681,93.

Conforme fl. 69, o PAF foi novamente convertido em diligência para:

Autuante

Juntar ao PAF demonstrativo de débito relativo aos valores indicados nas planilhas acostadas às fls. 63/67.

Infaz

Intimar o autuado para conhecer o resultado da diligência fiscal, com fornecimento dos demonstrativos juntados ao PAF;

Reabrir o prazo de defesa de 30 dias;

Caso o autuado se manifeste, o autuante deverá produzir nova informação fiscal.

Às fls. 75-76 o autuante informa: 1. Constatou diferença de R\$6.117,64 na totalização dos DANFE's pelo PMC; 2. Constatou diferença de R\$5.505,88 na base de cálculo do ICMS; 3. Constatou diferença de R\$936,01 no ICMS devido; 4. Constatou diferença de R\$946,01 no valor do ICMS a pagar; 5. Constatou diferença de R\$567,61 no valor da multa; 6. Constatou diferença de R\$1.513,62 no valor total a recolher; 7. Constatou diferença de R\$10,00 no total dos créditos; 8. O erro do item anterior deu-se por lapso na digitalização e os demais na totalização da folha 2 do DANFE 44.342; 9. Os cálculos foram realizados conforme o Conv. ICMS 76/94; 10. A base de cálculo reduzida em 10% (Conv. 76/94, §4º); 11. Refez o demonstrativo de débito (fl. 76).

Conforme pedido, do resultado da diligência o autuado foi cientificado com fornecimento dos demonstrativos (fls. 80-82), bem como para entrega das mercadorias objeto da autuação e que manteve em sua posse como fiel depositário (fls. 85-86), mas não se manifestou.

## VOTO

Considerando que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 16, 19, 22, 26, III, 28, II, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF/99; a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados e emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 02, 62-67 e 76); a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, tudo suficiente para que contribuinte exerça sem obstáculo seu direito de ampla defesa e contraditório e as incorreções do procedimento original foram sanados na forma indicada no §1º do art. 18 do RPAF, constato não restar vício que inquine nulidade ao lançamento tributário de ofício em apreço.

Sem objetivamente apontar inconsistências nos dados que compõem a infração 1, o Impugnante apenas protestou quanto à formação da base de cálculo do valor exigido, pois segundo ele deve ter como base os valores constantes das NF's e não em pauta fiscal não prevista em lei e que, no caso seriam preços constantes da Revista ABCFARMA.

À sua vez, o autuante informou que: **a)** medicamentos de uso humano e demais produtos objetos da autuação se sujeitam ao regime de substituição tributária do ICMS, conforme Conv. ICMS 76/94, recepcionado na Bahia no art. 353, II, item 13, do RICMS; **b)** a forma de cálculo para o caso é a contida na Cláusula segunda do Conv. 76/94, c/c §2º do Dec. 11.872/2009 (preço constante em tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta, o PMC sugerido pelo fabricante); **c)** utilizou o PMC informado nos documentos fiscais autuados.

Ponderando as razões de acusação e defesa constato razão assistir ao autuante, pois os demonstrativos de fls. 63-67 retratam o PMC e quantidade de mercadoria constante dos DANFE's 44.343, 44.341 e 44.342 (fls. 11-20) que acobertavam a circulação da mercadoria objeto da autuação, ressaltando que a irregularidade de fato ocorrida no levantamento fiscal inicial foi corrigida no curso da instrução processual, como observado na informação fiscal de fls. 75-76.

Os medicamentos objeto da autuação estão enquadrados no regime de substituição tributária (Convênio 76/94 e Protocolo 105/09, RICMS-BA: art. 353, II, 13.2). Para esses medicamentos existe a tabela e PMC citados na Cláusula segunda do Conv. 76/94 para referenciar o pagamento do ICMS ST pelo contribuinte autuado.

Portanto, usando para pagamento do imposto a previsão contida no §1º do Dec. 11.872/09, depois de sanadas as incorreções na forma prevista no §1º do art. 18 do RPAF no curso da instrução do

PAF, o caso apresenta um ICMS devido de **R\$28.538,24**, como resultado da aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo prevista pelo caput da Cláusula segunda do Conv. 76/94 (R\$120.696,06) deduzido do crédito fiscal de R\$2.691,93, conforme demonstrativo de débito de fl.76.

Entretanto, tendo em vista a impossibilidade de majorar o valor inicialmente exigido de R\$27.024,62 uma vez que a *reformatio in pejus* não se permite legalmente neste PAF, com fundamento no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal pertinente para cobrar a diferença de R\$1.513,62, ainda devida.

Infração procedente.

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 **217683.0502/10-3**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS SANTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.890,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR