

A. I. Nº - 932311202/05
AUTUADO - SEMPRE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTE - ROQUE ANTONIO CAMPODONIO ELOY
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 25. 10. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0318-04/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A jurisprudência predominante neste CONSEF, é no sentido de que na apuração do imposto a ser recolhido por antecipação tributária, deve ser utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo fabricante, conforme previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento fiscal, lavrado em 30/09/2005, exige ICMS no valor de R\$2.335,23, em razão do recolhimento a menos, sobre mercadorias elencadas no anexo 88 adquiridas para comercialização e oriundas de outra unidade Federação, conforme termo de apreensão nº 232114.0902/05-0.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 26 a 27 dos autos, argumenta que a questão tormentosa reside exatamente na fixação do preço máximo ao consumidor para operações que não são realizadas com consumidores diretos como o caso das farmácias ou distribuidoras que as revendem, pois no caso específico a revenda é para a administração pública que não pode ser tratada como consumidor comum, inclusive sendo amparada pela legislação no art. 17 do RICMS/BA com isenção dos impostos quando as operações são realizadas entre esses órgãos.

Ressalta que o art. 359, § 6º do RICMS/BA permite que se faça a restituição ou recuperação do imposto pago a maior do que a base de cálculo do valor da operação, porque não acatar o valor do imposto pago conforme DAE anexo, já que a base de cálculo utilizada foi o valor do preço de venda que seria realizada à administração pública, conforme cópias de notas fiscais anexas.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência do Auto de infração, tendo em vista que não houve prejuízo à arrecadação, pois, as operações da empresa são basicamente com órgãos da administração pública.

O auditor fiscal designado para prestar a informação fiscal, fls. 64/66, descreveu, inicialmente, o motivo da lavratura do Auto de Infração, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Esclarece que o art. 33, § 4º da Lei 7.014/96 assegura ao contribuinte a restituição do imposto pago por substituição tributária, relativo ao fato gerador presumido que não se realizar, no entanto, a presunção é sempre de ocorrência do fato gerador. A legislação não faculta ao fisco ou ao contribuinte a presunção invertida pretendida, pois, supor que seus produtos serão destinados apenas às entidades e órgãos da administração pública é uma presunção não prevista em Lei.

Assevera que o art. 359, § 6º do RICMS/BA, é específico a respeito da restituição do imposto retido sobre medicamentos quando a operação for realizada entre atacadista e órgãos da administração

pública e as notas fiscais juntadas à defesa apenas ilustram o argumento defensivo, mas não se pode estender a todas as operações que a empresa realiza, o que seria uma presunção.

VOTO

O fulcro da autuação foi em razão do autuado haver recolhido a menos o ICMS por antecipação tributária, sobre medicamentos adquiridos para comercialização em outra unidade da Federação e enquadrados no regime de substituição tributária.

Para instruir a ação fiscal, foi anexada aos autos pelo autuante às fls. 03 a 09, a cópia do Termo de Apreensão de nº 2321140902/05-0, do Demonstrativo de Apuração do ICMS, da cópia do DAE, bem como da cópia da nota fiscal de aquisição.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, constato que razão não assiste ao autuado, já que ao calcular o imposto por antecipação tributária, utilizou-se de metodologia equivocada para a questão ora em discussão, ou seja, considerou na apuração do imposto o valor de compra consignado no documento fiscal de aquisição, sobre o qual agregou a MVA de 42,85% e em seguida abateu o crédito fiscal constante da nota fiscal.

Ressalto que sobre o assunto, reiteradas decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0376-11/04, têm sido no sentido de que na apuração do imposto por antecipação tributária nas operações com medicamentos oriundos de outros Estados, deve ser utilizado como base de cálculo do imposto, o preço máximo de venda sugerido pelo fabricante, conforme previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/96, cuja norma foi recepcionada pelo art. 61, § 2º, I, do RICMS/97, conforme descrito abaixo:

“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.”

O contribuinte alega que a revenda é para a administração pública que não pode ser tratada como consumidor comum e de acordo com o art. 359, § 6º do RICMS/BA permite que se faça a restituição ou recuperação do imposto pago a maior do que a base de cálculo do valor da operação, porque então não acatar o valor do imposto pago?

O art. 359, § 6º do RICMS/BA diz que “Nas operações com produtos farmacêuticos e demais produtos relacionados no [item 13 do inciso II do art. 353](#), realizadas por estabelecimento atacadista ou distribuidor com destino a hospitais, clínicas, ambulatórios, prontos-socorros, casas de saúde e congêneres, assim como para órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal, tendo o imposto a eles relativo sido retido ou antecipado na operação imediatamente anterior, o contribuinte poderá requerer da Gerência de Substituição Tributária autorização visando a recuperar a parcela do imposto retido correspondente à diferença entre a base de cálculo que serviu para a retenção na operação mais recente e o valor da operação que tiver realizado, proporcionalmente às quantidades saídas, devendo essa recuperação ser documentada em Nota Fiscal emitida especialmente nesse sentido”.

Como bem disse o Auditor, em sua informação fiscal, não se pode presumir que todas as operações realizadas pela empresa são feitas com órgãos da administração pública. Ademais, nestes casos, de acordo com o art. 352, § 4º do RICMS/BA: “É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar, observado o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal e no [art. 33 da Lei nº 7014, de 4 de dezembro de 1996](#).”

Diante do exposto, considero correta a exigência fiscal e 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 nº **932311202/05**, lavrado contra **SEMPRE DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.335,23**, 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, 03 de outubro de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA