

A. I. N° - 299166.0339/07-4
AUTUADO - MEDICAL FARMA COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 04. 12. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0382-01/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS. ESTABELECIMENTO DESCREDENCIADO. É legal a exigência do imposto por antecipação, referente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas por estabelecimento não credenciado, por ter efetuado o recolhimento a menos na primeira repartição fiscal do percurso da mercadoria. Infração caracterizada. Indeferido o pleito pela realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2007, foi constituído crédito tributário, representando ICMS no valor de R\$ 5.539,07, acrescido da multa de 60%, devido ao recolhimento a menos do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias relacionadas no Anexo 88 [inciso II do art. 353 do RICMS/97], adquiridas em outras unidades da Federação, para comercialização por contribuinte descredenciado. É acrescentado que a antecipação do ICMS foi feita a menos, através de DAE no valor de R\$ 888,69, considerado o crédito fiscal do contribuinte. No campo “Descrição dos Fatos” consta que de acordo com o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 143093 (fl. 05), a ação fiscal se refere às mercadorias constantes na Nota Fiscal n° 1.658, entre as quais as seguintes apresentam PMC: 200 caixas de Captopril – Capton 20 mg cx. c/ 800 comprimidos (PMC = R\$ 149,22), 20 cx. de Cimedax – Tranimet 200 mg cx. c/ 500 comprimidos (PMC = R\$ 136,90) e 200 cx. de Propanox (Propanolol) 40 mg c/ 500 comprimidos (PMC = R\$ 49,39); e os seguintes medicamentos sem PMC: 200 frascos de Cefalexina – Kefatexin 250 mg susp. 60 ml HOS e 100 cx. de Glibenclamida – Glibexil 5 mg c/ 750 comprimidos.

O sujeito passivo, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 16 a 22, ressaltando que o dever de pagar um tributo nasce quando um acontecimento realiza a hipótese figurada na norma formulada a partir da Constituição Federal, conforme prescrito em seu art. 155, inciso II, tornando-se necessário, portanto, identificar a figura do tipo tributável.

Para que ocorra o dever jurídico de pagar o tributo, têm que estar presentes os elementos que o tipificam: o pessoal, o material, o espacial e o temporal. Tanto é verdade que o CTN – Código Tributário Nacional –, através do art. 142, determina que a administração examine à luz da lei do tempo de ocorrência do fato, todos os elementos que o tipificam.

Acrescenta que o procedimento administrativo está subordinado aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, caso em que este último configura o conteúdo material da norma legal. Cita Alberto Xavier, arrimado em Buhler, para lembrar que a administração fiscal deve fixar as circunstâncias de fato de que depende o tributo, com base numa formulação legal.

Observa que o Estado somente pode exigir que o sujeito passivo cumpra uma prestação pecuniária se, realmente, forem realizadas operações de circulação de mercadorias.

Afiança que não são totalmente verossímeis os fatos elencados pelo autuante, considerando que o impugnante opera no segmento de medicamentos da linha humana, vendendo exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, adquirindo produtos junto aos fabricantes ou distribuidores. Como os produtos estão enquadrados no regime de substituição e antecipação tributárias, recolhe o ICMS utilizando-se de base de cálculo formulada a partir do valor constante da nota fiscal de aquisição, acrescido da MVA [margem de valor de adicionado], como dispõe a legislação estadual aplicável ao caso, que vem a ser o artigo 61, inciso XV do RICMS/BA, que transcreveu.

Visando demonstrar o acerto do procedimento adotado, anexa às fls. 29 a 128 cópias reprográficas de notas fiscais de venda, alegando que se referem exclusivamente a operações de saída realizadas para hospitais, clínicas e órgãos públicos.

Argumenta que se assim não entenderem os julgadores, o processo deve ser convertido em diligência, na forma dos artigos 137, inciso I, alíneas “a” e “b” e 148 do RPAF/99, a fim de que seja examinado se o autuado vende exclusivamente aos seguimentos acima indicados.

Pugna por todos os meios de prova permitidos em direito, indicando a juntada posterior de documentos, inclusive em contraprova ouvida de testemunhas, para que seja o Auto de Infração julgado totalmente improcedente.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 130, argüindo que o contribuinte não apresentou prova cabal de que efetua vendas exclusivamente a hospitais, clínicas e órgãos públicos, tendo em vista que no seu contrato social não está consignado que as suas vendas seriam feitas exclusivamente no atacado e nem seriam direcionadas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos e nem consta no mesmo que não pudesse vender para empresas varejistas ou atacadistas do ramo.

Anexa às fls. 131 a 133 extratos da Secretaria da Receita Federal e do INC/SEFAZ – Informação do Contribuinte –, que comprovam que o objetivo da sociedade é o comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas.

Salienta que se os produtos objeto da autuação não fossem passíveis de venda a consumidor não caberia a indicação na própria Nota Fiscal nº 1.658 do PMC (preço máximo a consumidor), que vem a ser o preço sugerido pelo fabricante para venda de determinado produto a consumidores finais. Informa que no levantamento de preços utilizou os preços máximos de venda a consumidor para os produtos indicados na referida nota fiscal e para os demais aplicou a MVA correspondente, conforme determina o artigo 61 do RICMS/97.

Observa que no campo “Descrição dos fatos” consta que a irregularidade se refere ao recolhimento a menos do ICMS, tendo em vista que o Sistema de Emissão de Auto de Infração de Trânsito (SEAIT) não se reporta automaticamente a esta infração, referindo-se à falta de recolhimento do imposto.

Sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, discordo quanto à alegação defensiva de que o Auto de Infração contraria o princípio da legalidade ou da tipicidade, desde quando a infração imputada tem previsão objetiva no RICMS/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que fundamenta esse imposto. Saliento, ademais, que o procedimento fiscal atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, além do que, o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal.

Não acolho a solicitação para apresentação posterior de novas provas nem o pedido de realização de diligência, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes ao meu convencimento e decisão da lide.

O presente Auto de Infração trata do recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação tributária total, na aquisição interestadual de mercadorias (medicamentos) enquadradas no regime de substituição tributária, tendo em vista que o autuado não estava credenciado.

Na impugnação o sujeito passivo arguiu que vende medicamentos exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, razão pela qual recolhe o ICMS relativo à antecipação tributária, agregando aos valores constantes nas notas fiscais de aquisição a correspondente MVA, de acordo com previsão contida no artigo 61, inciso XV do RICMS/BA. Anexou cópias reprográficas de diversas notas fiscais de venda e requereu a realização de diligência, visando comprovar a sua alegação.

Observo que não assiste razão ao autuado, no que se refere às arguições apresentadas, considerando os seguintes pontos:

1 - conforme consta em seu Comprovante de Inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, junto à Secretaria da Receita Federal, bem como no extrato do INC/SEFAZ, a sua atividade econômica principal se refere ao “comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas”, descaracterizando a sua afirmativa de que se refere a estabelecimento atacadista;

2 - na nota fiscal objeto da autuação são apontadas em relação a algumas mercadorias o valor correspondente ao PMC – preço máximo de venda ao consumidor –, o que significa que de acordo com a cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94, o cálculo da antecipação tributária deve se basear em tais valores, que são informados pelo fornecedor;

3 – dentre as notas fiscais acostadas pelo impugnante, algumas são destinadas a estabelecimentos comerciais, a exemplo daquelas anexadas às fls. 44, 45, 59 e 60, cujo adquirente tem como atividade o “comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano” e da nota fiscal acostada à fl. 46, que destina-se a estabelecimento que desenvolve o “comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos”, o que demonstra que de forma diversa daquela alegada, não fornece mercadorias exclusivamente a hospitais, clínicas e órgãos públicos.

Deste modo, fica totalmente esclarecido que a exigência tributária está correta, desde quando restou comprovado que o contribuinte não se constitui em estabelecimento atacadista, nem é fornecedor exclusivo das citadas entidades, conforme afiançara. Assim, não se fazendo presentes as condições previstas no inciso XV do art. 61 do RICMS/97, ou seja, que as operações com medicamentos sejam “realizadas por contribuintes atacadistas que efetuem vendas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos...”, os cálculos concernentes à antecipação tributária do imposto em comento devem seguir os métodos normais próprios aos demais contribuintes, conforme dispõe a cláusula segunda do convênio acima referido.

Considerando que a primeira via da nota fiscal (fl. 08), que é destinada ao sujeito passivo, se encontra anexada ao PAF, após o processo ter tramitado em julgado na esfera administrativa, deve ser desentranhada dos autos e entregue o original ao autuado, mediante recibo, sendo substituída no processo por sua cópia reprográfica.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0339/07-4**, lavrado contra **MEDICAL FARMA COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento

do imposto no valor de **R\$ 5.539,07**, 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, 28 de novembro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR