

AI. N° - 299166.0134/07-3  
AUTUADO - DISTAPH COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS  
ORIGEM - IFMT DAT METRO  
INTERNET - 29/11/2007

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

#### ACORDÃO JJF N° 0385-03/07

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO PAGAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tratando-se de medicamentos de uso não veterinário, o destinatário deve efetuar a antecipação do imposto com base na tabela do Convênio ICMS n° 76/94, e no artigo 61 do RICMS/BA. O contribuinte comprovou o recolhimento do imposto antes de iniciada a ação fiscal. Imputação insubstancial. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/04/2007 na fiscalização ao trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$2.026,85, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição do percurso, sobre mercadorias elencadas no anexo 88 do RICMS/BA, adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte descredenciado. Consta, na descrição dos fatos, que houve recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, através do DAE no valor de R\$282,03 (fl. 09), que foi considerado no crédito fiscal do contribuinte. Termo de Apreensão n° 143065, lavrado em 02/04/2007, à fl. 06.

O contribuinte ingressa com impugnação ao lançamento fiscal às fls. 30 e 31, argüindo que, embora houvesse recolhido o ICMS devido por antecipação tributária, referente à Nota fiscal n° 17.348, relativa à aquisição de medicamentos para comercialização com prefeituras, hospitais e clínicas, conforme DAE no valor de R\$282,03, datado de 29/03/2007, antes da saída dos produtos do estabelecimento fornecedor, foi autuado indevidamente, com o agravante da apreensão das mercadorias, fato que tem comprometido a continuidade dos pagamentos dos seus compromissos, devido a ter sido negado o seu pedido para constituir-se em fiel depositário das mercadorias apreendidas.

Afirma também que o Fisco não percebeu que a quantidade por caixa de 800, 750 e 500 comprimidos, de cada produto, não se destinava a aquisição direta por consumidor, mas sim a instituições que, prestando serviços de saúde, adquirem os produtos em embalagens racionais para o fim a que se destinam. Prossegue expondo não entender porque foi dado um tratamento tributário diferenciado para o primeiro item da nota fiscal, que tem maior valor, e outro para os demais itens. Que o autuante, embora reconhecendo o pagamento antecipado através do DAE no valor de R\$282,03, pois o considerou como crédito fiscal para fins de cálculo do Auto de Infração, indicou como infração cometida a falta de recolhimento do ICMS, e não o seu recolhimento a menos. Que, independentemente do critério usado pelo autuante, a lavratura do Auto de Infração seria sempre indevida, pois o RICMS é claro quando estabelece o critério correto para tributação das operações com medicamentos, realizadas por atacadistas que efetuam vendas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, através do seu artigo 61, inciso XV, que reproduz.

O contribuinte prossegue aduzindo que poder-se-ia até admitir que o autuante não tinha como assegurar-se de que o autuado vende exclusivamente para órgãos públicos, hospitais e clínicas,

que só através da fiscalização de comércio seria possível verificar tal ocorrência, e que, para dirimir dúvidas, anexa cópias de notas fiscais de vendas por si efetuadas, “bem como, outras aquisições semelhantes”, que assegura confirmarem suas alegações. Aduz que “auto-peças” está inserido na antecipação tributária, logo não há fato gerador de ICMS na omissão de saídas destas mercadorias. Finaliza pedindo a declaração de improcedência do Auto de Infração.

O autuante, na sua informação fiscal à fl. 53, afirma que o autuado não apresentou prova cabal de que efetue vendas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos. Que o defensor poderia apresentar o contrato social, no qual estivesse assegurada tal exclusividade, e que não pudesse vender para empresas varejistas, ou atacadistas, do ramo. Que, verificando a cópia do contrato social anexada pela defesa à fl. 19 dos autos, observou que o objetivo da sociedade será o comércio de produtos farmacêuticos e hospitalares e representações comerciais, sem citar que as vendas sejam direcionadas exclusivamente para aquelas entidades, e que nas alterações contratuais posteriores não houve mudança deste objetivo, conforme fls. 21 a 26. Afirma que, se os produtos apreendidos não fossem passíveis de serem vendidos a consumidor, não caberia a indicação, na própria Nota Fiscal nº 17.348, do Preço Máximo a Consumidor – PMC, que é o preço sugerido pelo fabricante para venda de determinado produto a consumidores finais. Que, dos produtos listados na referida nota fiscal, apenas o “Captopril-capton 25 mg – cx.c/ 8—compr.” possui PMC indicado, que foi usado na composição da base de cálculo do ICMS devido por antecipação. Que os demais produtos do documento fiscal não têm PMC sugerido, razão que levou ao uso de Margem de Valor Agregado - MVA para composição da base de cálculo, como determina o artigo 61 do RICMS/BA.

O autuante assevera, também, que a indicação de que o recolhimento foi feito a menos consta no Auto de Infração no campo “Descrição dos fatos”, pois o “Sistema de Emissão de Auto de Infração de Trânsito (SEAIT)” não insere automaticamente esta infração, e sim a indicação de falta total de recolhimento. Conclui pedindo a procedência integral da autuação.

Submetido a pauta suplementar, a 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento fiscal – JJF, à fl. 54, deliberou por converter este processo em diligência à Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda Estadual - ASTEC/CONSEF para que fiscal designado pela Chefe da Coordenação da ASTEC/CONSEF averiguasse, a partir do exame do livro Registro de Saídas e das notas fiscais de saídas do sujeito passivo se, de fato, esse apenas vende medicamentos para hospitais, clínicas e órgãos públicos, conforme assevera.

O Auditor Fiscal Jorge Inácio de Aquino, designado pela Coordenação ASTEC/CONSEF para atendimento da Diligência supramencionada, apresentou o Parecer ASTEC nº 141/2007, às fls. 55 e 56, expondo que procedeu à verificação das Notas Fiscais de saídas nºs 4501 a 4644, emitidas pelo contribuinte no período de 04/10/2006 a 11/08/2007 tendo, efetivamente, confirmado os argumentos defensivos quanto a que o autuado apenas efetua vendas diretamente a hospitais, clínicas e órgãos públicos.

O diligente aduz, ainda, que o valor da Nota fiscal nº 17.348 (fl. 8) é de R\$1.612,50, e que os valores unitários constantes no referido documento, à exceção do primeiro item das mercadorias, serviram de base à memória de cálculo da autuação (fl. 12). Que a mercadoria Captopril 25 mg, que na referida nota fiscal possui o preço unitário de R\$10,40, na memória de cálculo teve aposto o preço unitário de R\$149,22, valor que consta na coluna PMC da Nota fiscal. Que, conforme nota fiscal de saída anexada à fl.57, o autuado vende o medicamento Captopril por comprimido. Que verificou, o diligente, em farmácias nos municípios de Feira de Santana e de Salvador, que o preço da caixa de Captopril 25 mg, para o consumidor, gira em torno de R\$17,00 (medicamento genérico) e de R\$37,00 (medicamento não genérico).

## VOTO

Preliminarmente, quanto ao fato de que foi indicada a falta de recolhimento do imposto, na descrição da infração, e o seu recolhimento a menos, no campo “Descrição dos Fatos”, o

autuante explicitou tratar-se de questão operacional na lavratura do Auto de Infração informatizado, posto que o “Sistema de Emissão de Auto de Infração de Trânsito (SEAIT)” não insere automaticamente a imputação “recolhimento a menos do imposto” no lançamento de ofício, e sim a indicação de falta total de seu recolhimento, tendo sido sanado o problema no mencionado campo “Descrição dos Fatos”. O contribuinte compreendeu a imputação, e exerceu o seu direito de ampla defesa sem prejuízo, pelo que o fato não se constituiu em óbice ao desenvolvimento do devido processo legal.

Quanto à apreensão das mercadorias durante a ação fiscal, tal providência está prevista no §5º do artigo 40 da Lei nº 7.014/96 e, no que tange ao não atendimento do pedido do contribuinte para que o mesmo passasse a ser o seu fiel depositário, também é situação de competência da Administração Tributária, sobre a qual este Conselho de Fazenda não tem ingerência.

No mérito, o Auto de Infração em lide, lavrado na fiscalização ao trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$2.026,85, na primeira repartição do percurso, sobre mercadorias acompanhadas pela Nota Fiscal nº 17.348 (fl. 08), e elencadas no anexo 88 do RICMS/BA (medicamentos para uso não veterinário), adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação, Estado de São Paulo, por contribuinte descredenciado, em razão do seu recolhimento a menos.

O contribuinte recolhera, em 29/03/2007, mediante Documento de Arrecadação Estadual - DAE cuja cópia está anexada às fls. 09 e 34, o montante de R\$282,03, referente à mencionada Nota Fiscal nº 17.348, conforme indicado no campo “Informações Complementares” do aludido DAE. O recolhimento do imposto ocorreu na data de saída da citada nota fiscal (fl. 08), portanto antes da lavratura do presente Auto de Infração e do Termo de Apreensão à fl. 06, de 02/04/2007, fato não questionado pelo autuante, que deduziu o crédito fiscal, atinente à mesma, dos seus cálculos do ICMS a ser exigido do contribuinte.

Conforme Parecer ASTEC nº 141/2007, às fls. 55 e 56, resultado da Diligência de fl. 54, foi verificado que o contribuinte apenas vende as mercadorias objeto da autuação diretamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, não realizando vendas diretamente a consumidor final, embora esteja indicado PMC para um dos produtos da citada Nota Fiscal nº 17.348, objeto da autuação.

Por este motivo, não é cabível o cálculo do imposto a recolher com base no Preço Médio de Venda a Consumidor - PMC, como fez o auditor fiscal, e sim com base no disposto no artigo 61 do RICMS/BA:

*art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:*

*XV - nas operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuam vendas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, 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) prevista no Anexo 88.*

*§ 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 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS 04/95, inclusive quanto à redução da base de cálculo para fins de substituição*

*tributária, em 10%, não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7%;*

Os produtos fulcro da ação fiscal são medicamentos de uso não veterinário, com classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - NBM sob códigos 3003, portanto estão incluídos no item 13.2 do inciso II do artigo 353 do RICMS/BA. O Anexo 88 ao RICMS/BA traz, em seu item 14, que os valores de medicamentos de uso não veterinário serão acrescidos dos percentuais previstos no Convênio ICMS 76/94 e inciso I do §2º do art. 61, de acordo com o local de origem das mercadorias.

A Nota Fiscal nº 17.348, à fl. 08, traz, no campo “Dados Adicionais”, a informação de que se trata de produtos integrantes da Lista Positiva, conforme Lei Federal nº 10.147/00. Assim, tratando-se de medicamentos, conforme indicado na tabela integrante da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, mercadoria oriunda de São Paulo, Estado cuja alíquota interestadual é de 7%, destinada à Bahia, com alíquota interna de 17%, o percentual de MVA a ser aplicado é de 54,89%:

*Convênio ICMS 76/94:*

*Cláusula Segunda:*

*Produtos classificados nas posições (...) 3003 (medicamentos), (...) e 3004 (medicamentos), (...), todos da NBM/SH, quando beneficiados com a outorga do crédito para o PIS/PASEP e COFINS previsto no art. 3º da Lei Federal 10.147/00 (LISTA POSITIVA):*

Estados de origem com Alíquota interestadual de 7%	Alíquota interna da UF de destino 17%
percentual	54,89%

Consoante o exposto, o cálculo do ICMS devido nesta operação é:

VL. NOTA FISCAL	MVA (%)	BASE DE CÁLC. (VL. NF + MVA)	REDUÇÃO B.C. (BC – 10%)	ICMS 17%	CRÉD. FISCAL	ICMS DEVIDO	ICMS PAGO
1.612,50	54,89 %	2.497,60	2.247,84	382,13	112,88	269,25	282,03

Assim, tendo o contribuinte recolhido o montante de R\$282,03, conforme DAE já mencionado neste voto, acostado às fls. 09 e 34, assiste razão ao autuado quanto à improcedência da presente autuação. Imputação elidida.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 299166.0134/07-3 lavrado contra **DISTAPH COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEA OLIVA - JULGADOR