

**PROCESSO** - A. I. Nº 299166.0611/08-4  
**RECORRENTE** - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS CAMPEÃ LTDA. (DISTRIBUIDORA DE CAMPEÃ)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0028-05/09  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 06/05/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0120-12/10

**EMENTA:** ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado na entrada do território do Estado, se não possuir o credenciamento previsto na Portaria nº 114/04. Imputação não elidida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0028-05/09) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 15/10/2008, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigir ICMS no valor total de R\$1.411,49, com aplicação da multa de 60%, pela falta de seu recolhimento na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos 148280 (fl. 4).

Após análise das peças processuais, a 5ª JF não deu provimento à impugnação apresentada pela empresa e julgou totalmente Procedente a autuação, prolatando o seguinte voto:

*“Da análise das peças processuais, verifico que os produtos objetos do Termo de Apreensão de nº 148280 (fl. 04), e discriminados nas notas fiscais 2193 e 2232 (fis. 10 e 11) são medicamentos da linha humana, submetidos ao regime de substituição tributária previsto no artigo 353, II, item 13 do RICMS-BA. Observo que as mercadorias apreendidas constantes das notas fiscais citadas se originam do fornecedor Cellofarm Farmacêutica Ltda, localizado no Estado do Rio de Janeiro, unidade da Federação não signatária do Convênio ICMS 76/94, sendo de responsabilidade do adquirente o pagamento do imposto devido por antecipação tributária na entrada do território do Estado nos termos do artigo 125, II, alínea “b” do RICMS-BA. Tal pagamento pode ser efetuado no dia 25 do mês subsequente se o contribuinte estiver credenciado conforme dispõe os parágrafos 7º e 8º, do citado artigo. Entretanto, o autuado não era detentor desta condição.*

*A base de cálculo das operações subsequentes está prevista no artigo 357 e 61, §2º, I, do mencionado diploma legal, ou seja, aplicação do preço sugerido pelo fabricante para consumidor final (PMC).*

*Vale ressaltar, que o artigo 61, XV, do RTCMS-BA, dispensa a aplicação de preço sugerido pelo fabricante, nas operações de comercialização de medicamentos realizadas por contribuintes atacadistas que efetuem vendas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, que neste caso será 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.*

*No caso em apreço, verifico que o autuante elaborou demonstrativo às fol. abatendo do cálculo do imposto devido, os valores antes recolhidos por a*

Created with

*vista que o sujeito passivo não era detentor de credenciamento para postergação do recolhimento do imposto nos termos da Portaria nº 114/04.*

*Vejo que o autuante calculou corretamente a base de cálculo do imposto devido nas operações subsequentes pelo regime de substituição tributária utilizando o preço sugerido pelo fabricante para consumidor final, o qual consta no campo descrição dos produtos das notas fiscais. Tal preço só não poderia ser adotado caso o sujeito passivo comprovasse que comercializa exclusivamente com Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos, neste caso seria aplicada a MVA sobre o valor da operação nos termos do artigo 61, XV do RICMS-BA.*

*Constato, ainda, que o autuado não acostou aos autos as provas necessárias e suficientes para elidir a acusação fiscal nos termos do artigo 123 do e não cabe a este órgão julgador buscar as provas cuja obrigação de apresentação pertence ao autuado. Poderia o autuado, neste caso, para provar sua alegação, acostar aos autos além das cópias de notas fiscais, os livros fiscais próprios, comprovando a natureza das suas operações de vendas destinadas exclusivamente a hospitais, clínicas e órgãos públicos, como contrato social e outros documentos, não bastando apenas sua afirmativa de exclusividade na comercialização e a negativa do não cometimento da infração nos termos do artigo 143 do RPAF-BA. Ademais, os documentos cadastrais do contribuinte que se encontram nos autos apenas indicam sua atividade de comerciante atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, o que impede admissão que suas vendas restringem se apenas para as instituições previstas no referido inciso XV, quando estes medicamentos podem ter destino diferente daqueles que a defesa argumenta serem exclusivos, fato que, por sinal, apenas pode ser verificado e comprovado ex-post.*

*Mantida a exigência fiscal."*

A empresa ao tomar ciência da Decisão prolatada (fls. 65/66) insurgiu-se contra esta Decisão (fls. 71/73). Primeiramente requer a nulidade da ação fiscal, pois discorda da apuração da base de cálculo do imposto, como realizada. Diz que a regra a ser aplicada é aquela inserta no art. 61, XV, § 2º, I. Transcreve o art. 61, II e XV, do RICMS/BA.

Esclarece, em seguida, que é atacadista, vendendo medicamentos exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, conforme livro de Registro de Saídas de Mercadorias que disse ter anexado aos autos.

Aduz que a 5ª JJF não acolheu o seu pedido de anulação do Auto de Infração sob a alegação de que a apresentação das notas fiscais não seria suficiente para provar que realiza tão-somente vendas de medicamentos exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos. Entende que, se seu talonário de notas fiscais não serve como prova, caberia a autuante verificar e informar à empresa quais documentos que servem para tal comprovação, já que possui seus livros comerciais escriturados conforme legislação vigente e com base em tais notas fiscais como determina o RICMS/BA. Afirma que esta situação demonstra “*contrariedade da Autuante em não considerar os argumentos do autuado*”.

Ressalta que sobre os medicamentos adquiridos já houve recolhimento do imposto, calculado com base no Convenio ICMS nº 76/94 e art. 61, Inciso XV, § 2º, I, do RICMS/BA. E, para demonstrar que age de forma correta, apensou aos autos cópia de consulta realizada a SAT/DITRI (Processo nº 27536520080 e Parecer de nº 26083/2008) que confirma o acerto do seu procedimento.

Por fim, requer a anulação do Auto de Infração. Diz que está disponibilizando todos os seus livros comerciais para comprovar os fatos.

Diante dos documentos apresentados pelo recorrente e pelo fato da Decisão de primeira instância administrativa ter constado em seu voto que o autuado não juntou documentos que provassem as suas alegações, tais como livros fiscais e contrato social, capazes de confirmar a natureza das operações de vendas destinadas exclusivamente a hospitais, clínicas e órgãos públicos, a PGE/Profis (fls. 106/107) sugere a este CONSEF o encaminhamento dos autos à ASTEC, para que fiscal estranho ao feito responda às seguintes perguntas:

- *As cópias das notas fiscais e dos livros fiscais colacionados em sede recursal são suficientes para confirmar as operações de vendas destinadas exclusivamente a hospitais, clínicas e órgãos públicos?*
- *Em caso positivo, agiu o autuado em conformidade com as orientações da* <sup>7</sup> <sup>8</sup> <sup>9</sup> <sup>10</sup> *formulada à SEFAZ (fls. 76)?*

Em pauta suplementar da sessão de 28/10/2009 esta 2ª CJF concluiu não existir necessidade da realização da diligência sugerida, uma vez que a autuação foi exercida pela fiscalização do trânsito de mercadorias, pela documentação apensada aos autos pelo recorrente, pela atividade exercida pela empresa e motivadora de sua inscrição estadual e diante das determinações do § 6º, do art. 359, do RICMS/BA. E, quanto ao questionamento referente ao item 2, não tem a ASTEC/CONSEF competência para emitir juízo de valor.

Sendo encaminhados, novamente, os autos ao Órgão Jurídico para emissão do Parecer conclusivo este se manifesta, concluindo de que: *No momento da ação fiscal, restou apurado que as mercadorias objeto do Auto de Infração encontravam-se em trânsito e no documento fiscal que as acompanhavam o destinatário (ora autuado) não possuía regime especial, pelo que se lavrou o termo de apreensão de fls. 04, com o propósito de documentar a infração cometida. Aduz o autuado, desde a impugnação inicial, que comercializa exclusivamente com hospitais, clínicas e órgãos públicos. Entretanto, nos documentos que robustecem a autuação, como o extrato do INC (fls. 20), verifica-se que a atividade do contribuinte é o comércio atacadista de medicamentos, não fora apresentada no momento da autuação qualquer prova de que o contribuinte operasse exclusivamente com vendas a hospitais, clínicas e órgãos públicos. Nesse contexto, documentos juntados posteriormente à ação fiscal não são capazes de elidir o lançamento, pois a teor do art. 40, § 6º, da Lei do ICMS o trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal. Infere-se do exposto, que os argumentos do recorrente não são suficientes para modificar a Decisão recorrida, pelo que, opinamos pelo conhecimento e improvimento do Recurso voluntário interposto.*

## VOTO

A exigência fiscal trata do recolhimento a menos do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Não havendo Convênio ou Protocolo entre os Estados Federados que indique como responsável tributário o remetente das mercadorias e estando elas enquadradas no regime da substituição tributária, a título de antecipação, cabe ao seu adquirente, no território do Estado da Bahia, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto (art. 371 do RICMS/97) pela operação comercial realizada. O prazo do seu recolhimento consta determinado no art. 125, II, “b” do citado Regulamento, com exceção se houver Regime Especial, caso que não se aplica ao recorrente.

No presente, a impugnação se prende a determinação da base de cálculo do imposto. O autuado, na sua defesa inicial, diz que realizou o cálculo do imposto conforme determinações legais, pois suas vendas são exclusivas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, fato não aceito pela JJF, já que sem qualquer comprovação. Na sua peça recursal, a empresa volta a apresentar o mesmo argumento (fls. 71/73). Traz documentos (cópias das notas fiscais autuadas, alteração do seu contrato social e uma listagem denominada “Conferência dos Lançamentos de Saídas” do ano de 2008 e resposta de consulta feita à SAT/DITRI após ação fiscal - fl. 76) objetivando corroborar seu argumento de defesa.

O art. 61, do RICMS/97 assim dispõe:

**Art. 61.** *A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subseqüentes, 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 efetuem vendas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, o valor do remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seg- encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se o adicional (MVA) prevista no Anexo 88.*

*§ 1º Na impossibilidade de inclusão dos valores referentes a frete ou seguro na base de cálculo de que trata este artigo, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, o recolhimento do imposto sobre as referidas parcelas será efetuado pelo destinatário, na forma prevista no parágrafo único do art. 357.*

*§ 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%;*

Entretanto, para que essas determinações sejam aplicadas é necessária a comprovação do fato.

O recorrente trouxe alguns documentos que passo a analisar.

Cópias das notas fiscais autuadas (fls. 77/80 e 81/83) e DAE's de recolhimento do ICMS - tais documentos nada provam a seu favor. São documentos que deram base à autuação, que foi realizada pela fiscalização do trânsito de mercadorias quando as mercadorias adentraram no território deste Estado. Em relação aos DAE's apresentados, estes foram considerados quando da apuração do imposto ora exigido, como se constata à fl. 6 dos autos.

Alteração do contrato social da empresa (fls. 84/86) – de igual sorte sem qualquer motivação para ser considerado referente a mudança de sócio da empresa autuada. E, analisando a atividade principal da empresa cadastrada nesta Secretaria da Fazenda (fl. 36) e na Receita Federal (fl. 35) ela é o comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, não fazendo qualquer menção de exclusividade para vendas aos hospitais, clínicas e órgãos públicos.

Parecer SAT/DITRI nº 26083/2008 (fl. 80/81) - a resposta desta consulta apenas indica a norma regulamentar e acima descrita, quando uma empresa comercializa medicamentos exclusivamente com hospitais, clínicas e órgãos públicos, conforme indagação do consulente. Em nenhum momento reconhece esta situação ao recorrente.

Conferência dos Lançamentos de Saídas (fls. 87/100) – ao contrário do afirmado pela empresa, estes documentos não se tratam do livro Registro de Saídas, apenas um controle interno, emitido em 8/5/2009, que não tem o condão de provar que todas as vendas realizadas foram exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos.

Diante da situação, não ficou provado que a empresa tem por atividade exclusiva vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos elencadas na norma Regulamentar.

No mais, caso o recorrente tenha adquirido as mercadorias autuadas pela fiscalização do trânsito para venda aos hospitais, clínicas e órgão públicos, mesmo não sendo esta sua exclusiva atividade, pode recuperar a parcela do imposto pago a maior, conforme comando do art. 359, do RICMS/BA, que determina:

*Art. 359. O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterà, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: "ICMS pago por substituição tributária" (Ajuste SINIEF 4/93).*

*§ 6º 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.*

E, por fim, caso o recorrente possua, como dito, a sua escrita fiscal, as notas fiscais nela lançadas, requerer, no controle da legalidade,

Created with

consideradas, inclusive como alertou a 1ª Instância deste Colegiado, ou seja, que à época da fiscalização, somente vendia para hospitais, clínicas e órgãos públicos.

Por tudo exposto meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, devendo ser homologado o *quantum* já recolhido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0611/08-4**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS CAMPEÃ LTDA. (DISTRIBUIDORA CAMPEÃ)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto o valor de **R\$1.411,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS