

A. I. Nº - 299166.0502/08-0  
**AUTUADO** - MEDMASTER COMERCIALIZAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS MÉDICO-HOSPITALARES LTDA.  
**AUTUANTE** - WALTER LUCIO CARDOSO DE FREITAS  
**ORIGEM** - IFMT- DAT/METRO  
**INTERNET** - 30. 03. 2010

1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0063-01/10

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO 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 no prazo regulamentar. Entretanto, na situação presente, restou confirmado que o autuado pratica operações de vendas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, sendo, portanto, correta a apuração do imposto com base na MVA. Infração elidida. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/09/2008, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 2.078,87, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento 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, no mês de setembro de 2008. Consta se tratar de recolhimento feito a menos conforme DAE no valor de R\$180,78, considerado como crédito fiscal do contribuinte.

O autuado apresentou defesa às fls. 34/35, sustentando que nos termos do art. 61, inciso XV da Lei n. 7.014/96, as operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuarem vendas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, é o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a frete, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA), para os produtos previstos no Anexo 88, o que facilmente se percebe que a MVA substitui a base de cálculo dos produtos que não apresentem base de cálculo coerente para comercialização dos produtos e derivação do recolhimento de seus tributos os quais sofrem antecipação tributária.

Salienta que sendo uma empresa com objetivo e convênios juntos aos órgãos reguladores como Conselho Regional de Farmácia e Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, unicamente para distribuição de produtos médico-hospitalares, para estabelecimentos de fomento a saúde sem intermediação fracionada e/ou varejista como Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos, descabe a exigência de imposto e multa com base de cálculo no PMC conforme a autuação.

Consigna que pode ter havido um equívoco por parte do autuante, haja vista que não é coerente a exigência do imposto com base de cálculo no PMC e nem a multa imputada pelo ocorrido, pois as mercadorias estavam acompanhadas do documento fiscal apropriado e com base de cálculo coerente sem prejuízos ao Estado e/ou intenções de sonegação fiscal.

Frisa que está anexado cópia do parecer do Conselho Regional de 1 responsável pela certificação e liberação do funcionamento

comercializam produtos médico-hospitalares, cuja manifestação tem como base a Lei Federal de nº 5.991/73, bem como a Portaria SVS nº 802/98 que regulamenta o posicionamento do estabelecimento no mercado obrigando-o a optar pelo objetivo varejista ou atacadista e nunca pelos dois, sendo apresentada documentação distinta com processos diferenciados. Acrescenta que além disso, a caracterização como comércio atacadista, pode ser verificadas pelos atos constitutivos da empresa e devida alteração em anexo, assim como CNPJ, Inscrição estadual e seus respectivos alvarás.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 67, na qual contesta o argumento defensivo afirmando que a atividade do autuado, constante no Contrato Social anexado aos autos à fl. 16, constitui-se no comércio de materiais odonto-médicos, não constando ali que suas vendas sejam efetuadas exclusivamente para hospitais, clínicas ou órgãos públicos ainda que fossem feitas só no atacado. Afirma que a Alteração Contratual à fl. 19, só altera para comércio atacadista sem referir-se aquela exclusividade.

Observa que não foi apresentado pelo autuado qualquer outro documento que comprove sua afirmativa de que os medicamentos comprados sejam para revenda atacadista única e exclusivamente àquelas entidades.

Esclarece que os Preços Máximos a Consumidor (PMC) usados na composição da base de cálculo do ICMS antecipação foram obtidos da Nota Fiscal nº 105285 que acompanhava os produtos e emitida pela Equiplex Indústria Farmacêutica Ltda, fabricante dos produtos. Registra que se há indicação em nota fiscal de PMC é porque aqueles produtos poderão ser revendidos tanto no atacado quanto no varejo em outra etapa do ciclo comercial.

Destaca que a autuação foi feita porque o contribuinte não recolheu o ICMS antecipação, incidente sobre operação interestadual com mercadorias enquadradas no Anexo Único da Portaria 114/2004 adquiridas por contribuinte sem autorização especial, na primeira repartição fiscal do percurso. Acrescenta que o DAE, cuja cópia se encontra anexada à fl. 08, foi computado no cálculo do ICMS devido.

Conclui mantendo a autuação.

A 1ª JJF, após discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 72), a fim de que fosse verificado e informado se, efetivamente, o autuado exerce a atividade de comercialização de suas mercadorias exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, conforme alega.

O resultado apresentado pela diligente da ASTEC/CONSEF, através do Parecer ASTEC Nº 123/2009, confirmou a alegação defensiva de que vende exclusivamente as suas mercadorias para hospitais, clínicas e órgãos públicos.

O autuante consignou a sua ciência do Parecer ASTEC acima referido (fl. 118), mantendo-se silente.

Intimado o contribuinte para ciência do Parecer ASTEC, este acusa o recebimento (fl. 120), não apresentando qualquer manifestação.

## VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente de falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadoria -medicamento- relacionada no artigo 353, II, do RICMS/BA, adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

A exigência de antecipação do ICMS tem previsão no artigo 371 do RICMS/97, que determina que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Be de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS de

às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, nos prazos previstos no art. 125 do mesmo Diploma regulamentar.

O prazo para pagamento do ICMS antecipação está condicionado à situação do contribuinte junto à SEFAZ/BA, ou seja, se está credenciado ou não. Caso esteja credenciado o recolhimento poderá ser realizado até o dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme dispõe o artigo 125, II, “b”, §§ 7º e 8º, do RICMS/97. Contrariamente, se estiver na condição de descredenciado, o recolhimento obrigatoriamente será realizado na entrada no território deste Estado.

Assim dispõe o dispositivo regulamentar acima referido:

*“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:*

(...)

*II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:*

(...)

*b) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;*

(...)

*§ 7º O recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “b”, “e”, “f”, “g”, “h” e “i” do inciso II, poderá ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, quando o contribuinte estiver credenciado, ressalvado o disposto no § 2º do art. 512-A.*

*§ 8º Para efeito do credenciamento previsto no parágrafo anterior, serão considerados os critérios estabelecidos em ato específico do Secretário da Fazenda.”*

Através da Portaria nº. 114 de 27 de fevereiro de 2004, foram estabelecidos os critérios para fins do credenciamento, conforme se vê na transcrição abaixo:

*“Art. 1º Nas entradas interestaduais de mercadorias sujeitas a antecipação tributária, a que se refere o § 7º do art. 125 do RICMS, estarão credenciados a efetuarem o recolhimento do imposto antecipado até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento os contribuintes regularmente inscritos no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:*

*I - possuir estabelecimento em atividade há mais de seis meses;*

*II - não possuir débitos inscritos em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;*

*III - estar adimplente com o recolhimento do imposto devido por antecipação tributária.*

(...)

*Art. 2º Tratando-se de operações com as mercadorias relacionadas no Anexo Único desta portaria, o credenciamento para recolhimento até o dia 25 do mês subsequente dependerá, também, de prévia autorização do Inspetor Fazendário da circunscrição fiscal do contribuinte.”*

No presente caso, trata-se de mercadoria relacionada no Anexo Único da Portaria 114/04, precisamente no item 07, que tem a seguinte redação: “07 produtos farmacêuticos medicinais, de uso não veterinário, especificados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS”.

Portanto, não resta dúvida que o contribuinte por não estar credenciado recolhimento antecipado do imposto, na primeira repartição fazendária

Ocorre que, conforme a descrição dos fatos no Auto de Infração, o recolhimento foi feito a menos, de acordo com o documento de arrecadação (DAE) acostado aos autos no valor de R\$180,78, tendo sido considerado como crédito fiscal do contribuinte.

Ora, sendo o recolhimento efetuado a menos, certamente a acusação fiscal não poderia apontar como irregularidade a falta de recolhimento do ICMS, por não refletir a realidade dos fatos, valendo dizer que o lançamento seria passível de nulidade por haver imprecisão entre a situação fática e a imputação.

Porém, considerando que nos termos do art. 155, parágrafo único do RPAF/99, quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta, cabe-me apreciar o mérito da autuação.

No presente caso, o impugnante alega que exerce exclusivamente a atividade de comercialização de suas mercadorias para hospitais, clinicas e órgãos públicos, sendo correta a base de cálculo com utilização da MVA e não do PMC.

Efetivamente, nos termos do art. 61, inciso XV da Lei n. 7.014/96, as operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuarem vendas exclusivamente para hospitais, clinicas e órgãos públicos, têm como base de cálculo o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a frete, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA), para os produtos previstos no Anexo 88. Ou seja, a utilização do PMC somente é cabível quando o contribuinte não vende exclusivamente para hospitais, clinicas e órgãos públicos. Conforme o próprio autuante disse na informação fiscal os Preços Máximos a Consumidor (PMC) usados na composição da base de cálculo do ICMS antecipação foram obtidos da Nota Fiscal nº 105285 que acompanhava os produtos e emitida pela Equiplex Indústria Farmacêutica Ltda, fabricante dos produtos.

A 1<sup>a</sup> JJF, no intuito de esclarecer a efetiva atividade do autuado, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, cujo resultado traduzido no Parecer ASTEC N° 123/2009, confirmou a alegação defensiva de que vende exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, sendo correta, portanto, a apuração do imposto devido com a utilização da MVA e não do PMC, conforme a autuação.

Diante do exposto, a autuação é insubstancial.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0502/08-0**, lavrado contra **MEDMASTER COMERCIALIZAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS MÉDICO-HOSPITALARES LTDA.**

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR