

PROCESSO - A. I. Nº 295308.0302/08-3
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS CAMPEÃ LTDA. (DISTRIBUIDORA CAMPEÃ)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0122-05/08
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 12/04/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0065-12/11

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA 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. Após diligência fiscal foi constatado que as operações comerciais do recorrente, à época, foram realizadas, exclusivamente, para clínicas, hospitais e órgãos públicos. No caso, na base de cálculo para apuração do imposto deve ser aplicada a MVA em vez do PMC, conforme disposto no art. 61, XV, § 2º, I, do RICMS/BA. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 01/03/2008, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, reclama ICMS no valor total de R\$4.589,95, com aplicação da multa de 60%, pela falta do seu pagamento na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 e adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos 295308.0302/08-3 (fl. 07).

Após análise das peças processuais a 5ª JF prola a seguinte Decisão:

No mérito, o Auto de Infração, em lide, lavrado no trânsito de mercadorias, reclama ICMS 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.

Constato que o autuado insurgiu-se contra o lançamento de ofício, arguindo que na condição de atacadista só comercializa seus produtos para hospitais, clínicas e órgãos públicos, fato que tenta provar com a juntada de diversas notas fiscais (fls. 27 a 53).

Da análise das peças processuais, verifico que os produtos objetos do Termo de Apreensão de nº 295308.0302/08-3 (fl. 07), se tratam de 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 de nº 014.886 e 014.769 se originam do fornecedor Hipolabor Farmacêutica Ltda., localizado no Estado de Minas Gerais, 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 subseqüente se o contribuinte estiver credenciado conforme dispõe os parágrafos 7º e 8º, do citado artigo. Entretanto, o autuado não era detentor deste benefício.

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 RICMS-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 do RICMS-BA.

No caso em apreço, verifico que o autuante elaborou demonstrativo às folhas 05 e 06, de forma correta, exigindo o imposto no primeiro Posto Fiscal do percurso da mercadoria, tendo em vista que o sujeito passivo não era detentor de credenciamento para postergação do recolhimento do imposto nos termos da Portaria nº 114/04.

Verifico que o autuante não classificou o defendente como consumidor final, como entendeu o autuado, apenas 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, neste caso, acostar aos autos além das cópias de notas fiscais, os livros fiscais próprios, comprovando a natureza das suas operações de vendas destinadas exclusivamente ao estado da Bahia, como contrato social e outros documentos, não bastando apenas sua afirmativa de exclusividade na comercialização e apresentação parcial de notas fiscais, isto significando apenas uma negativa do não cometimento da infração nos termos do artigo 143 do RPAF-BA.

Mantida a exigência fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA, do Auto de Infração.

Após ciência da Decisão de 1º Grau, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário (fls. 83/85). Após transcrever o art. 61, XV, § 2º, do RICMS/BA, diz ser atacadista, só realizando operações comerciais para hospitais, clínicas e órgãos públicos, conforme livro Registro de Saídas de Mercadorias (em anexo), o que demonstrava o equívoco cometido pela fiscalização.

Indicando que a 5ª JF não aceitou seu pedido de nulidade do Auto de Infração, por entender que a apresentação das notas fiscais não seria suficiente para provar que somente realiza vendas de medicamentos, exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, afirma caber ao fisco verificar, e lhe informar, quais os documentos que servem para tal comprovação, já que dispõe de livros comerciais escriturados conforme legislação vigente.

Ressalta, em seguida, de que os medicamentos, alvo da autuação, já tiveram o ICMS-ST recolhido com base no que dispõe o Convênio ICMS 76/94 e art. 61, XV, § 2º, I, do RICMS/BA.

Diante do exposto, solicita a “anulação total” do Auto de Infração e disponibiliza todos os seus livros comerciais para comprovar os fatos ora arguidos.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS para fim de emissão de Parecer, esse órgão opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto (fls. 166/168). Após esclarecer a motivação da autuação e discorrer sobre as determinações legais vigentes em relação à operação comercial ora em tela, entende que o recorrente, com os documentos acostados aos autos, não logrou provar a comercialização exclusiva com hospitais, clínicas e órgãos públicos, não se podendo falar, assim, na aplicação das disposições do art. 61, XV, do RICMS/BA (aplicação de MVA). No caso, conclui, o valor da operação, para efeito do cálculo do ICMS é a aplicação do PMC.

Esta 2ª CJF, em 18/02/2007, encaminha os autos à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito verifique, *in loco*, se, de fato, as mercadorias adquiridas se destinavam à venda exclusiva para os destinatários indicados na peça recursal. Caso fosse constatada esta situação, que procedesse à revisão da base de cálculo do imposto, inclusive verificasse se o contribuinte efetuou o pagamento do imposto, por antecipação, na entrada das mercadorias em seu estabelecimento (fl. 171).

Através do Parecer ASTEC nº 119/2009 (fls. 173/176), fiscal estranho ao feito informa que constatou, *in loco*, que o estabelecimento autuado é um depósito fechado, funcionando, também, como escritório. No entanto, não realiza vendas à consumidor final e que as mercadorias adquiridas se destinaram a vendas exclusivas para os destinatários indicados na peça recursal (prefeituras e hospitais), conforme análise no livro Registro de Saídas do contribuinte.

Diante de tais fatos, entende comprovado que o recorrente somente realiza operações comerciais com hospitais e órgãos públicos. Refaz o demonstrativo de débito, apurando a base de cálculo com a aplicação da MVA e abate os valores do imposto anteriormente recolhidos (DAE's de fls. 11/12). Indica valor do ICMS a recolher de R\$135,26.

A Coordenação Administrativa deste Colegiado apensa aos autos pagamento efetuado pelo recorrente no valor indicado pela ASTEC/CONSEF (fl. 197/198).

Em novo Parecer (fls. 204/205) a PGE/PROFIS, após análise da diligência realizada, comunga com o entendimento de que não há dúvidas que a empresa comercializa mercadorias para órgãos públicos, hospitais e clínicas. Opina pelo provimento parcial da autuação.

O Procurador do Estado, Dr. José Augusto Martins Junior exara despacho (fl. 207) opinando pelo conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário, nos termos apresentados pela Sra. Procuradora que emitiu o opinativo final da PGE/Profis.

A procurada assistente em exercício, Dra. Rosana Maciel B. Passos, acompanha os termos do opinativo e despacho proferidos anteriormente e, conforme relatado. Encaminha o presente processo para julgamento (fl. 208).

VOTO

O lançamento fiscal apontado no Auto de Infração diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias (medicamentos) elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização e procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado.

Na sua peça recursal, a empresa volta a apresentar o mesmo argumento de sua defesa inicial, ou seja, que o cálculo do imposto foi realizado conforme determinações legais, pois suas vendas são exclusivas para hospitais, clínicas e órgãos públicos. Neste contexto, requer a nulidade da ação fiscal.

Preliminarmente, entendo que os argumentos apresentados pelo recorrente não estão inseridos nas determinações do art. 18, do RPAF/BA. Eles dizem respeito ao mérito da autuação e que, se aceitos, levam o Auto de Infração à improcedência ou à procedência parcial.

No mais, ressalto de que o presente Auto de Infração foi lavrado pela fiscalização de trânsito de mercadorias, momento em que a fiscalização somente pode verificar os dados de identificação essenciais do contribuinte. No caso, a atividade principal exercida pelo recorrente e motivadora de sua inscrição estadual é de “comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano” (fl. 25). Em assim sendo, correto o procedimento do autuante no momento da lavratura do Auto de Infração, pois, conforme determinações do § 6º, do art. 359, do RICMS/BA, abaixo transcritas, o contribuinte pode recuperar o imposto pago a mais, caso efetue operações de vendas para hospitais, clínicas, ambulatórios, prontos-socorros, casas de saúde e congêneres, assim como, para órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal.

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 conterá, 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

Entretanto, diante dos argumentos apresentados, esta 2ª CJF solicitou à ASTEC/CONSEF a averiguação dos fatos. Fiscal estranho ao feito informou que constatou, *in loco*, que o estabelecimento autuado é um depósito fechado, funcionando, também, como escritório e que o mesmo não realiza vendas a consumidor final e que as mercadorias adquiridas se destinavam a vendas exclusivas para os destinatários indicados na peça recursal (prefeituras e hospitais), conforme análise do livro Registro de Saídas do contribuinte que apensou aos autos (fls. 179/191). Refez o demonstrativo de débito, apurando a base de cálculo do imposto com a aplicação da MVA (conforme disposto no art. 61, XV, § 2º, I, do RICMS/BA) e abateu os valores do imposto anteriormente recolhidos (DAE's de fls. 11/12). Indicou ICMS a ser exigido no valor de R\$135,26, o qual foi recolhido pelo recorrente, conforme extratos do SIGAT de fls. 197/198.

Em vista da situação constatada por preposto da ASTEC/CONSEF, somente posso me alinhar com as suas conclusões. Porém, solicito à Inspetoria Fazendária que averigue com maior acuidade a situação do recorrente. A empresa autuada é matriz, com uma filial (CNPJ 08.415.013/002-14) que, embora com endereços diferentes (rua Sete de Setembro, 95, Centro, município de Itatim – matriz autuada e rua Manoel Leal, s/n, Centro Itatim – filial) possuem o mesmo CEP e telefone (46.875-000 e 3452-2988). Por outro lado, a empresa autuada, pelas informações constantes no INC – Cadastro de Contribuintes desta SEFAZ não é depósito fechado, como indicou o diligente fiscal, e sim unidade produtiva. Quem se encontra cadastrada como depósito fechado é a sua filial, que exerce atividades iguais aos da empresa autuada com exceção de “*comércio atacadista de medicamento e drogas de uso humano*”.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, exigindo o imposto no valor de R\$135,26, conforme demonstrado abaixo. Solicita-se ao órgão competente que homologue os valores efetivamente recolhidos.

PERIODO	N.F.	VALOR	MVA	VLR. C/MVA	ICMS	CRÉD. DESTAC.	ICMS DEVIDO	ICMS RECOL.	DIFER. A RECOL.
MAR/08	14.886	1.384,75	42,85%	1.978,12	336,28	96,93	239,35	213,58	25,77
MAR/08	14.796	5.926,50	42,85%	8.466,01	1.439,22	414,86	1.024,36	914,87	109,49
TOTAL									135,26

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **295308.0302/08-3**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS CAMPEÃ LTDA. (DISTRIBUIDORA CAMPEÃ)**, no valor de **R\$135,26**, devendo ser cientificado o recorrente desta Decisão e encaminhados os autos à repartição de origem para homologar os valores comprovadamente recolhidos, inclusive àqueles com os benefícios da Lei nº 11.908/10 e posterior arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS