

A. I. N° - 206855.0008/09-8  
AUTUADO - MEDYCAMENTHA PRODUTOS ONCOLÓGICOS E HOSPITALARES LTDA.  
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
INTERNET - 19. 05. 11

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0124-01/11**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO PROCEDENTE DE ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO OU PROTOCOLO) PARA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ADOÇÃO INDEVIDA DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO ART. 3º-A DO DECRETO N° 7.799/2000. Alegação defensiva de que as mercadorias foram adquiridas junto a estabelecimentos importadores equiparados a industriais não procede. Inexistência na legislação do ICMS de previsão nesse sentido. Inaplicável, ao caso, as disposições da legislação do IPI, conforme pretendido pelo impugnante. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/03/2009, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas no anexo 88, nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 59.198,90, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte ao adquirir medicamentos junto a estabelecimentos atacadistas, recolheu a menos o ICMS (antecipação total), por erro na determinação da base de cálculo, ao aplicar a redução de 28,53%, quando o correto seria 19%, na forma do art. 3º-A do Decreto n. 7799 de 09/05/2000. Há ainda o registro que os documentos que instruem a infração, demonstrativos de débito, cujas cópias foram entregues ao contribuinte; cópias das notas fiscais neles relacionadas e cadastros da Receita Federal e Secretarias Estaduais, provando a condição de comerciante atacadista dos fornecedores, foram juntados às fls. 08 a 283 dos autos.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 290 a 296), requerendo, inicialmente, sob pena de nulidade, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam direcionadas ao profissional que subscreve a defesa.

Reporta-se sobre a autuação reproduzindo a acusação fiscal, assim como o art. 3º-A do Decreto nº 7.799/2000, dizendo que o autuante identificou aquisições realizadas a “estabelecimentos atacadistas”, portanto, “não industriais”, e refez a apuração da empresa, exigindo diferenças a título de “redução indevida da base de cálculo”.

Salienta que reconhece a procedência de parte da exigência fiscal, no valor de R\$ 26.412,18, já parcelado, admitindo que as compras constantes na relação que anexa efetivamente ocorreram diretamente a “atacadistas”, que não se enquadram nas condições adiante explanadas.

Alega que as demais operações foram realizadas junto a “estabelecimentos atacadistas” que são equiparados, para todos os efeitos legais, a industriais. Acrescenta que em conformidade com a documentação que anexa, os fornecedores Lundbeck Brasil Ltda., Claris Produtos Farmacêuticos do Brasil Ltda., Torrente do Brasil Ltda., e Serono Produtos Farmacêuticos Ltda., lhe vendem exclusivamente medicamentos de sua linha de produção no exterior, figurando como importadores dos produtos de fabricação própria.

Afirma que as declarações, registros da Receita Federal e amostragem de rótulos de produtos, comprovam que os medicamentos são importados e que os importadores são os próprios fabricantes, que atuam no Brasil no segmento atacadista. Acrescenta que os produtos são industrializados e importados do exterior, estando sujeitos inclusive ao IPI com a alíquota 0 (zero), conforme notas fiscais anexadas.

Prosseguindo, diz que os fornecedores compõem parte do segmento industrial, como se fossem “filiais” das indústrias instaladas no Brasil, não podendo ser negado o condão de “indústria” aos exportadores. Cita e reproduz os arts. 4º, 8º, 9º, I, do RIPI, para fundamentar o seu entendimento.

Alega que não infringiu a norma que limita a aplicação da base de cálculo nas aquisições feitas diretamente a industriais, pois os seus fornecedores assumem legalmente o status de indústria. Diz que são estes fornecedores meros “representantes” das indústrias no Brasil, que credenciam empresas brasileiras para vender seus produtos, conforme declarações anexadas.

Frisa que analisando questão semelhante, noutro ramo de atividade, quando se discutia para fins de concessão de crédito presumido, a “equiparação” em uma situação de “industrialização por encomenda” a PGE/PROFIS, emitiu parecer reconhecendo que a legislação do IPI deve ser seguida e que a norma somente deixará de ser inócuas se produzir efeitos, ou seja, se aplicada de modo efetivo.

Consigna que o caso concreto, apesar de ser relativo a outro ramo de atividade, não é diferente. Diz que se a legislação faz expressa equiparação do vendedor de produto importado do exterior ao industrial, todos os efeitos decorrentes da ordem normativa devem ser respaldados. Registra que o CONSEF acatou o parecer da PGE/PROFIS, no julgamento do Auto de Infração n. 206847.0028/06-8.

Destaca que a produção e comercialização de produtos farmacêuticos seguem rígidas normas, que devem ser observadas pelos produtores, importadores, distribuidores, etc., conforme a Portaria n. 2.814/GM.

Assevera que inexiste qualquer dúvida de que adquiriu os produtos a “atacadistas”, que por força de lei, são equiparados a “estabelecimentos industriais”, estando correta a redução da base de cálculo aplicada sobre as mesmas operações.

Finaliza requerendo a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a juntada posterior de documentos e revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito, para confirmar suas alegações de que as entradas das mercadorias foram originadas do exterior, pois importadas pelos seus representantes no Brasil, e, ao final, que seja julgado procedente em parte o Auto de Infração, ficando a procedência limitada ao total acatado e parcelado junto ao órgão competente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 516/517, destacando que o fulcro da questão em tela é a interpretação do art. 3º-A do Decreto nº 7.799/2000, cujo teor reproduz.

Diz que se trata de um benefício de redução de base de cálculo concedido pelo Estado da Bahia, e como tal deve ser interpretado de forma restritiva. Acrescenta que o teor do dispositivo referido determina a medida exata do benefício.

Sustenta que a redução de base de cálculo de 18,53% mais os 10% previstos no § 2º do art. 61 do RICMS/BA, somente se aplica nas aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, no caso, medicamentos, quando tais aquisições forem feitas diretamente a estabelecimentos industriais.

Afirma que se o Estado pretender beneficiar, também, os estabelecimentos comerciais equiparados a industriais, deverá implementar uma alteração do decreto. Acrescenta que enquanto perdurar o texto atual, os comerciantes atacadistas equiparados a industriais não são contemplados pelo citado benefício.

Conclui mantendo o Auto de Infração.

A 1ª JJF, considerando que o autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa às fls. 290 a 296, se insurgindo contra parte da autuação sob a alegação de que os fornecedores Lundbeck Brasil Ltda., Claris Produtos Farmacêuticos do Brasil Ltda., Torrente do Brasil Ltda. e Serono Produtos Farmacêuticos Ltda., vendem para o autuado, exclusivamente, medicamentos de sua linha de produção no exterior, converteu o processo em diligência, a fim de que fosse intimado o impugnante, para que apresentasse comprovação de que as entradas constantes das mercadorias arroladas na autuação objeto de impugnação, efetivamente, possuem origem do exterior, tendo sido importadas por seus representantes no Brasil.

O Auditor Fiscal designado para cumprir a diligência se pronunciou (fls.617/618), esclarecendo que o contribuinte foi intimado, conforme consta às fls. 538 a 553 e 609 a 611, bem como seu advogado constituído nos autos, tendo apresentado em 19/08/2010 e 06/10/2010, cópias de Declarações de Importações das empresas Torrent do Brasil Ltda., fls. 563 a 608, e da Claris Produtos Farmacêuticos do Brasil Ltda., fls. 612 a 616.

Diz que da análise das mercadorias constantes nas DIs não foi possível comprovar que estas mercadorias eram as mesmas no estoque do contribuinte, em face de dois motivos, no caso, nomenclatura diferente das mercadorias em estoques; e mercadorias com nomenclatura igual, mas sem amarração da importação com a venda para a Medycamentha.

Observa que no período fiscalizado, no caso, 01/01/2004 a 31/12/2005, as importações não estavam inseridas no benefício fiscal, conforme o art. 3º-A, cujo teor transcreve.

Conclui afirmando que o autuado não apresentou comprovação das mercadorias adquiridas dos fornecedores no Brasil, tendo sido importadas pelos mesmos e caso fosse comprovado, para o período fiscalizado as mercadorias importadas não estariam acobertadas pelo benefício fiscal constante no Decreto nº 7.799/2000.

Constam às fls. 532/533, extrato do SIGAT referente ao parcelamento do valor do débito reconhecido.

#### VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre ao cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, por erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no inciso II do RICMS/BA.

Inicialmente, no que concerne ao pedido do impugnante para que as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao profissional que subscreve a defesa, no endereço rua Cel. Almerindo Rehem, 126. Ed. Empresarial Costa Andrade, Salas 411/414, Caminho das Árvores, Salvador-Bahia, CEP 41820-768, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento dessa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o motivo determinante da autuação foi o fato de ter o contribuinte adquirido medicamentos junto a estabelecimentos atacadistas, e haver recolhido a menos o ICMS referente à “antecipação total”, por erro na determinação da base de cálculo, ao aplicar a redução de 28,53%, quando o correto seria 19%, na forma do art. 3º-A do Decreto nº 7.799 de 09/05/2000.

Noto que o impugnante reconheceu a procedência parcial da exigência fiscal, no valor de R\$ 26.412,18, admitindo que as compras constantes na relação que anexa aos autos ocorreram diretamente a “atacadistas” que não se enquadram na condição de equiparados a industriais.

Porém, no que concerne à parcela impugnada, alega que as operações foram realizadas junto a “estabelecimentos atacadistas”, no caso, Lundbeck Brasil Ltda., Claris Produtos Farmacêuticos do Brasil Ltda., Torrente do Brasil Ltda., e Serono Produtos Farmacêuticos Ltda., que são equiparados a industrias para todos os efeitos legais, haja vista que estes vendem exclusivamente medicamentos de sua linha de produção no exterior, figurando como importadores dos produtos de fabricação própria, compondo parte do segmento industrial, como se fossem “filiais” das indústrias instaladas no Brasil, não podendo ser negado o condão de “indústria” aos exportadores, conforme os arts. 4º, 8º, 9º, I, do RIPI.

Invocou ainda o impugnante o parecer da PGE/PROFIS, que foi acatado no julgamento do Auto de Infração nº 206847.0028/06-8, cuja questão, segundo diz, é semelhante, noutro ramo de atividade, quando se discutia para fins de concessão de crédito presumido, a “equiparação” em uma situação de “industrialização por encomenda”, tendo o referido parecer reconhecido que a legislação do IPI deve ser seguida e que a norma somente deixará de ser inócuia de produzir efeitos, ou seja, se aplicada de modo efetivo.

Cabe-me observar, a princípio, que esta 1ª JJF considerando as alegações defensivas referentes às importações, converteu o processo em diligência, a fim de que fosse verificado se, efetivamente, as mercadorias haviam sido importadas, conforme alegado pelo impugnante. Ocorreu que, como o autuado não fora cientificado da diligência pela repartição fazendária, após discussão em pauta suplementar sobre a necessidade de dar conhecimento ao autuado do resultado da diligência, os julgadores desta Junta de Julgamento concluíram não havia tal necessidade, haja vista a previsão do art. 3º -A do Decreto nº 7.799/2000, no período autuado.

Isto porque, a redação dada ao art. 3º-A do Decreto nº 7.799/2000, que vigeu somente no período de 09/09/2009 a 31/12/2009, tinha o seguinte teor:

*“Art. 3º-A. Nas importações e nas aquisições interestaduais junto a estabelecimentos industriais e importadores, em relação às mercadorias por eles produzidas ou importadas, dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, efetuadas por distribuidora situada neste estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53% (dezoito inteiros e cinqüenta e três centésimos por cento), sem prejuízo da redução prevista no § 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento).”*

Relevante registrar que o art. 3º -A do Decreto nº 7.799/2000, acima referido, foi revogado através do Decreto nº 11.872 de 04 de dezembro de 2009, publicado no DOE de 05 e 06/12/2009, tendo este Decreto instituído regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, **mediante celebração de termo de acordo, nas importações e nas aquisições interestaduais** dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes nos termos deste Decreto.

No mencionado regime especial de tributação a base de cálculo da antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes será reduzida em 28,53% (vinte e oito inteiros e cinqüenta e três centésimos por cento), de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento), vedada a redução prevista no § 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997.

Apesar de restar evidente que o autuado não alegara ser o importador, mas sim que adquiriu as mercadorias junto a importadores equiparados a industriais, razão pela qual faria jus ao benefício de redução da base de cálculo, a alusão feita ao art. 3º - A do Decreto nº 7.799, bem como ao regime especial instituído pelo Decreto nº 11.872/2009, tem o intuito apenas de demonstrar que o legislador tratou expressamente as importações. Ou seja, se considerasse o importador equiparado a industrial – conforme pretendido pelo impugnante – certamente não faria qualquer referência às importações ou importadores, haja vista que estariam contemplados pelo benefício.

Dessa forma, como a norma à época da ocorrência dos fatos geradores referente ao lançamento de ofício em exame - 2004 e 2005- previa, expressamente, que: *“Nas aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes, quando feitas diretamente a estabelecimentos industriais, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53%...”*, portanto, tendo sido incluídos os estabelecimentos importadores, tão somente em 2009, não há como aplicar tal disposição ao importador, no presente caso.

Por outro lado, também não há como aplicar ao presente caso, a equiparação do atacadista à indústria dada pelo Regulamento do IPI, conforme pretendido pelo impugnante, haja vista que as disposições da legislação do IPI não são aplicáveis à legislação do ICMS, salvo quando expressamente há esta indicação na legislação do tributo estadual. Ou seja, quando a legislação do ICMS prevê que são aplicáveis as disposições da legislação do IPI, a exemplo, do que ocorre com os §§ 5º e 6º do art. 2º do RICMS/BA, abaixo reproduzidos a título meramente ilustrativo:

“Art.2º(...)

(...)

§ 5º Para os efeitos deste regulamento, consideram-se produtos industrializados aqueles relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) (Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002), decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, tais como:

I - transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova;

II - beneficiamento, a que importe modificação, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto;

III - montagem, a que consista na reunião de peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma;

IV - acondicionamento ou reacondicionamento, a que importe alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria;

V - renovação ou recondicionamento, a que, executada sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização.

§ 6º Não se considera industrializado o produto relacionado na TIPI com notação “NT” (não-tributado).”

Da mesma forma, pode ser citada a equiparação no RICMS/BA da filial atacadista da indústria ao estabelecimento industrial, consoante o § 1º, inciso I do art. 51 do RICMS/BA, voltada tão somente à aplicação da alíquota de 7% nos casos de saídas de mercadorias de estabelecimentos industriais situados neste Estado, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes.

Portanto, indubitavelmente, quando o legislador pretendeu dar ao ICMS o mesmo tratamento dado pelo IPI em determinadas situações, expressamente consignou na legislação do ICMS tal previsão.

Afinal, não se pode perder de vista a competência privativa de cada ente tributante para legislar sobre os seus tributos, obviamente, que observando os limites constitucionais.

No que concerne ao parecer da PGE/PROFIS e posterior julgamento do Auto de Infração nº 206847.0028/06-8, invocado pelo impugnante, observo que se trata de matéria diversa da tratada no Auto de Infração em exame, não podendo servir de paradigma para decisão do presente caso.

Diante do exposto, considerando que os fornecedores do autuado, apesar de importadores não estão equiparados pela legislação do ICMS a industriais, considero integralmente subsistente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206855.0008/09-8**, lavrado contra **MEDYCAMENTHA PRODUTOS ONCOLÓGICOS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.198,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo a homologação do valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR