

A. I. N° - 269353.0010/11-8
AUTUADO - EXPRESSA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS
AUTUANTE - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 03.11.2011

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0275-02/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO TRIBUTO. CARGA TRIBUTÁRIA A MENOR QUE A DEVIDA. MEDICAMENTOS QUIMIOTERÁPICOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada a incorreção do procedimento do contribuinte. Infração caracterizada. b) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. b-1) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. b-2) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações não impugnadas. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. MERCADORIAS NORMALMENTE TRIBUTÁVEIS TRATADAS COMO SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PROCEDIMENTO EQUIVOCADO. Infração caracterizada. 4. SAÍDAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO E PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração subsistente. Não colhida argüição de nulidade. Não apreciada alegação de constitucionalidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/03/2011, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS, no valor histórico de R\$188.832,62, decorrente de:

INFRAÇÃO 01 – Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor histórico de R\$19.017,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades de Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89.

Consta ainda da acusação: O contribuinte recolheu a menos o ICMS devido a Antecipação Tributária, referente a aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, relacionadas no Art. 353 do RICMS/BA, no exercício de 2007.

O contribuinte fez a apuração do ICMS devido conforme planilhas entregues a fiscalização, constantes do Anexo XVII. Nelas o contribuinte adicionou ao valor devido por Antecipação Tributária o valor do ICMS relativo às saídas interestaduais de medicamentos quimioterápicos. Então, deduziu o valor relativo ao ressarcimento previsto no Art. 359 do RICMS/BA e o valor dos repasses efetuados para o FAZCULTURA, chegando, desta forma, ao valor a recolher. Como visto, o contribuinte incluiu no cálculo da Antecipação Tributária os valores relativos às saídas interestaduais de medicamentos quimioterápicos, operações estas não sujeitas ao regime de apuração em tela. Esclarece que o contribuinte incluiu, indevidamente, no cálculo da Antecipação Tributária, mercadorias sujeitas ao Regime Normal de Tributação, a saber, aquelas denominadas EQUIPO e CONECTOR. Tais mercadorias foram destacadas das planilhas constantes do Anexo I e foi apurado pela fiscalização apenas as operações sujeitas a este regime de apuração, da seguinte forma:

-Na linha A tem o valor da Antecipação Tributária relativa às entradas das mercadorias efetivamente sujeitas a tal regime de apuração do imposto, de sorte que excluiu as mercadorias denominadas EQUIPO e CONECTOR. O detalhamento dos valores da Antecipação Tributária para as mercadorias efetivamente sujeita a tal regime de apuração constante nas planilhas do Anexo II. Ainda, no cálculo dos valores devidos por Antecipação Tributária a redução da base de cálculo de 18,53%, prevista no Art. 3º-A do Decreto nº 7.799/2000, não foi concedida para as aquisições junto a fornecedores que tem como atividade o comércio atacadista. A identificação da atividade destes fornecedores foi feita no sistema SINTEGRA, cujas cópias dos extratos estão no Anexo XVI;

-Na linha B tem o valor do ressarcimento do ICMS Antecipação Tributária previsto no Art. 359, § 6º do RICMS/BA, que foi deduzido do valor lançado na linha A. O detalhamento dos valores ressarcidos encontra-se nas planilhas do Anexo III;

-Na linha C tem o valor dos repasses efetuados pelo contribuinte para o FAZCULTURA, planilha do Anexo IV, que também foi deduzido do valor lançado na linha A. Neste Anexo também estão as cópias dos Certificados do FAZCULTURA apresentados pelo contribuinte;

-Na linha D tem o valor relativo ao ICMS recolhido a título de Antecipação Tributária, conforme extratos do sistema INC da SEFAZ/BA constantes do Anexo V, sendo que, deste valor, foram abatidos os valores da Antecipação Tributária calculados pelo contribuinte para as mercadorias do Regime Normal de Apuração (EQUIPO e CONECTOR), conforme planilha do Anexo VI;

-Na linha E consta o valor do ICMS Antecipação Tributária recolhido a menos. Quando o valor resultante da linha E indica recolhimento a maior do ICMS devido por Antecipação Tributária, deduziu este valor do ICMS devido pelas saídas interestaduais de medicamento quimioterápicos, conforme pode ser visto na linha G.

Tudo conforme notas fiscais de entradas de mercadorias apresentadas pelo contribuinte, cópias no Anexo XVIII, e cópia de livros fiscais constantes do Anexo XX.

INFRAÇÃO 02 - Recolhimento a menos do ICMS, no valor histórico de R\$71.209,84, decorrente de erro na apuração dos valores do imposto.

Consta ainda da acusação: O contribuinte recolheu a menos o ICMS devido nas operações interestaduais de saída de medicamentos quimioterápicos em virtude de erro da apuração, devido a apuração ser efetuada conjuntamente com os valores apurados para antecipação tributária, conforme mostra nas planilhas do Anexo XVII.

O valor recolhido a menos do ICMS devido nas operações interestaduais de saída de medicamento quimioterápicos, se encontra nas planilhas constantes do Anexo I, e foi apurado pela fiscalização da seguinte forma:

-Na linha F consta o valor do ICMS devido nas operações interestaduais de saída de medicamentos quimioterápicos, cujo detalhamento consta da planilha do Anexo VIII;

-Na linha G foi lançado, quando existiu, o valor recolhido a maior do ICMS Antecipação Tributária constante da linha e planilha do Anexo I;

-Na linha H consta o valor recolhido a menos, do ICMS devido nas operações interestaduais de saída de medicamentos quimioterápicos.

Tudo conforme notas fiscais de compra de mercadorias apresentadas pelo contribuinte, cópias no Anexo XVIII, notas fiscais de venda de mercadorias apresentadas pelo contribuinte, cópia no Anexo XIX, e cópia de livros fiscais, Anexo XX.

INFRAÇÃO 03 - Falta de Recolhimento do ICMS, no valor histórico de R\$ 20.186,49, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

INFRAÇÃO 04 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, com multa de 1%, correspondente ao valor de R\$ 108,20.

INFRAÇÃO 05 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, com multa de 10%, correspondente ao valor de R\$9.651,20.

INFRAÇÃO 06 – Deixou de recolher ICMS, no valor R\$68.659,44, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta ainda da acusação: Que o contribuinte deixou de recolher o ICMS incidente sobre as vendas de mercadorias tributadas, por tê-las tratado como isentas do imposto, os valores apurados estão nas planilhas constantes do Anexo XV. Tudo conforme notas fiscais de compra de mercadorias apresentadas pelo contribuinte, cópias no Anexo XVIII, notas fiscais de venda de mercadorias apresentadas pelo contribuinte, cópias no Anexo XIX, e cópia dos livros fiscais no Anexo XX.

O autuado apresentou defesa às folhas 523 e 537, impugnando parcialmente o lançamento tributário, reconhecendo integralmente os valores das infrações 03 e 04, e parcialmente os valores das infrações 01 e 02.

Esclarece que é uma empresa distribuidora do ramo de medicamentos, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, realizando venda exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos de saúde, não efetuando qualquer venda para o mercado varejista, regida pelas normas estabelecidas pela ANVISA-AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, estando os produtos por ela comercializados sujeitos à substituição tributária na modalidade de antecipação sobre as entradas das mercadorias, de forma que não há que se falar em falta de pagamento do ICMS, pois vem cumprindo fielmente com o estabelecido na legislação então vigente, como restará provado, conforme art. 357 do Decreto 6.284/97-BA.

Em relação aos itens 01 e 02 do Auto de Infração, informa que reconheceu parcialmente os débitos apontados, os quais efetuou os pagamentos. Para tal apresenta novas planilhas de cálculos, elaboradas com base no que dispõe a legislação fiscal vigente, mediante aplicabilidade de um percentual de redução de 18,53%, e não de 10%, conforme utilizado pelo autuante, conforme passou a demonstrar a composição dos débitos apurados.

INFRAÇÃO 01 - Valor devido correspondente aos meses de fevereiro e novembro de 2008, no valor de R\$ 8.238,44. Este valor foi determinado quando aplicou o percentual de redução de 18,53% ao invés do percentual de 10% utilizado pelo fiscal. Neste sentido utilizou a mesma planilha elaborada pelo autuante apenas utilizando o correto percentual de redução. A seguir passou a demonstrar a nova composição do valor devido de R\$8.238,44 para o qual solicita que seja ratificado por este Conselho como o valor efetivamente devido.

No mês de FEVEREIRO o valor apurado pelo fisco foi no montante de R\$5.867,77, onde o autuado impugna o valor de R\$1.926,41, em razão da não aplicação pelo fisco, da redução de base de cálculo no percentual de 18,53% de produtos adquiridos de Atacadistas Equiparados a Indústria

com fundamentos no Dec. 7.799/2000. Desta forma, no mês de fevereiro reconhece o débito no valor de R\$3.941,36, que corresponde ao valor de: (R\$5.867,77 – R\$1.926,41).

No mês de NOVEMBRO o valor apurado pelo Fisco foi no montante de R\$ R\$ 9.427,95 (nove mil quatrocentos e vinte sete reais e noventa e cinco centavos), Onde o Autuado Impugna o valor de R\$ 5.130,87 (Cinco mil cento e trinta reais oitenta e sete centavos), em razão da não aplicação pelo Fisco, da redução de base de calculo no percentual de 18,53% de produtos adquiridos de Atacadistas Equiparados a Indústria com fundamentos na lei 7.799/2000. Desta forma, no mês de novembro reconhecemos o débito no valor de R\$4.297,08, que corresponde ao valor de: (R\$9.427,95 – R\$5.130,87).

Nos meses de MARÇO e JUNHO, o valor apurado pelo Fisco, foi no montante de R\$3.721,41. Considerando que o autuado apurou saldo credor de R\$18.876,03 - vide planilha abaixo, fica evidente que mesmo impugnando o valor apurado pelo fisco de R\$ 3.721,41 ainda permanecemos com um saldo credor de no montante de R\$15.154,62, conforme demonstrados em quadro abaixo, as diferenças encontradas pelo Fisco, foram motivadas da não aplicação, da redução de base de calculo no percentual de 18,53%, de produtos adquiridos de atacadistas equiparados a indústria com fundamentos na lei 7.799/2000. Logo, com referência aos meses de março e junho de 2008, acima demonstrados, apurou saldo credor de R\$18.876,03, superior ao valor apurado pela fiscalização de R\$3.721,41, as diferenças foram decorrentes da não aplicação, da redução de base de calculo no percentual de 18,53%, de produtos adquiridos de Atacadistas Equiparados a Indústria com fundamentos na lei 7.799/2000.

INFRAÇÃO 02 - Os valores apurados pelo fisco, correspondentes aos meses de janeiro, fevereiro, março, junho, julho, agosto, novembro e dezembro de 2008, somando um total de R\$71.209,84, foi um resultado dos valores calculados indevidamente pelo autuante, a exemplo do item anterior (Infração 01) na medida em que também foi utilizado o percentual de 10% de redução de base de calculo ao invés do percentual de 18,53%, consequentemente estabeleceu-se uma diferença que ora contestada na presente defesa. Neste contexto também refez os cálculos utilizando para tal a mesma planilha elaborada pelo autuante, porém aplicando o corretamente o percentual de redução. A seguir demonstra de forma sintética a composição do real valor devido de R\$15.305,56, para o qual solicita que seja ratificado por este Conselho como o valor efetivamente devido. Os cálculos de forma analítica referente ao crédito de R\$55.904,28, que redundou no valor a recolher de R\$15.305,56.

Ressalta mais uma vez, que as diferença estabelecidas foram originadas da falta de inobservância do autuante, que não considerou a redução de base de calculo do ICMS, de 18,53%, prevista no art. 3º A, do Decreto nº 7799 combinado com o art. 6º do Decreto 11.699/2009, nas aquisições realizadas por Distribuidores Atacadistas, filias de Indústria IMPORTADORAS, por conseguinte, equiparadas a indústria, pela legislação fiscal vigente.

Observa que os Distribuidores Atacadistas relacionados abaixo, são equiparados a indústria, pelo fato de serem importadores, após análises pertinentes, apresentados revelam-se que as diferenças constantes nesta matéria são totalmente o fato da desconsideração da redução de base de cálculo transcrita acima.

FORNECEDOR	CNPJ
MANTECORP LOGISTICA	06.283.144/0001-89
IMUNO - RIO DISTRIBUIDORA	31.523.129/0001-08
MANTECORP LOGISTICA	42.439.273/0001-87
UNITED MEDICAL	68.949.239.0001-46
TOTAL DE CREDITO ICMS	66.682,97

Argumenta que para a Receita Federal do Brasil os estabelecimentos importadores são equiparados a Industrial, transcrevendo techo da legislação federal.

Acrescenta que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, estabelece a equiparação da filial atacadista ao estabelecimento industrial, no seu art. 16, § 1º, I. Sendo assim, não há o que se falar, em diferença de recolhimento do ICMS antecipado.

INFRAÇÃO 5, assevera que não existe possibilidade de receber mercadorias, sem o efetivo registros nos livros fiscais, considerando as entradas dos produtos instrumentos fundamentais, para efeito de controle dos estoques, cabe ao fisco observar que as informações adquiridas por meio de arquivos magnéticos (SINTEGRA), por parte do fornecedor, poderão estar equivocadas ou incompletas, por isso a constatação de um lançamento de débito fiscal, apenas por este meio utilizado, não representam uma verdade fática suficiente. É necessária, a devida investigação, por parte do autor, citando o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal/88, segundo ao qual, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Argumenta que ao ser constatada uma divergência de pedido de compra dos produtos, as regras do Regulamento - ICMS estabelece que, poderá ser feito a devolução no ato da entrega, com termo de recusa de recebimento preenchido, assinado e datada no verso destas com o motivo da recusa. Em sendo assim, a impugnante não tem registros das notas fiscais de entradas nos livros fiscais, pois as mercadorias foram devolvidas no ato da entrega.

Entende que ficou evidente que ocorreu uma precipitação por parte do autuante em lavrar o lançamento tributário uma vez que ele tinha outros meios legais de apurar os fatos como, por exemplo: Contatar com a empresa emitente da notas fiscais; Verificar os registros contábeis da Autuada; Verificar o lançamento da conta de movimentação de estoque do autuado, requerendo a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 06 – Aduz que ficou surpreso com a autuação, pois o autuante entendeu que determinados produtos que foram adquiridos com isenção do ICMS por força do Convênio 01/99 e comercializados também com isenção do ICMS, não eram isentos. Observa que o Convênio 01/99 considera no anexo único, os produtos relacionados isentos, cabendo ao fisco conhecimentos básicos e técnicos, e assim efetuar o lançamento de ofício se devido, nos termos do parágrafo único, do artigo 142, do Código Tributário Nacional – CTN.

Destaca que, dentre os produtos arrolados pelo autuante um deles chama especial atenção por se tratar do produto com maior incidência da glosa (em torno de 90% a 95%) que é o CATETER ANGIOGRÁFICO, fornecido pela empresa SPECIALMED Comércio e Representações Ltda. Este produto tem classificação fiscal da NCM 9018.3929 e consta na relação de produtos isentos do convênio 01/99 como Cateter balão para angioplastia ou cateter guia para angioplastia, conforme abaixo:

CONVENIO 01/1999		
ITEM	NCM	EQUIPAMENTOS E INSUMOS
23	9018.39.29	Cateter balão para angioplastia, recém-nato, lactente., Berrmann
24	9018.39.29	Cateter balão para angioplastia transluminal percutânea
25	9018.39.29	Cateter guia para angioplastia transluminal percutânea

Informa que anexa cópia da Nota Fiscal nº 6185 de 04/01/2007 da SPECIALMED Comércio e Representação Ltda., relativa a aquisição dos produtos em questão (Cateter Angiográfico) que foram comercializado pelo autuado.

Reitera que o autuante, antes de adotar o procedimento de autuação, deveria ter avaliado os aspectos técnicos dos produtos objetivando efetuar um trabalho consistente de procedimentos de auditoria.

Descreve que o tecnicamente entende-se por ANGIOPLASTIA CORONARIA como sendo um procedimento médico no qual um balão é usado para abrir uma obstrução na artéria coronária estreitada pela arteriosclerose, ou seja, é um procedimento médico para abertura do entupimento de uma artéria do coração. Por outro lado, entende-se como CATETER PARA ANGIOGRAFIA como uma ferramenta utilizada em exame angiográfico. Fica evidente que CATETER ANGIOGRAFICO (Descrição da Nota Fiscal do Fornecedor) e CATETER PARA ANGIOPLASTIA (Descrição do Convenio 01/99) é exatamente a mesma coisa.

Chama a atenção para outros erros em outros produtos arrolados pela fiscalização, talvez involuntariamente, já que buscando pela literalidade das descrições constantes no Convênio ICMS não se deu conta de que deveria ter avançado nas pesquisas técnicas como forma de não cometer injustiça.

Ao finalizar, requer que sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, requerendo, de logo, a juntada posterior de documentos, além dos seja anexados, e outros que se fizerem necessários, tudo para que o Auto de infração julgado nulo ou parcialmente improcedente as Infrações 01 e 02, e na sua totalidade as Infrações 05 e 06.

O auditor autuante, fls. 714 a 724, ao prestar a informação fiscal, aduz que no exercício de 2008, o Decreto nº 7.799/2000, admitia aplicação da redução da base de cálculo de 18,53% apenas para as aquisições feitas junto a estabelecimentos cuja atividade econômica fosse a indústria. Acrescenta que uma rápida consulta às planilhas de apuração do ICMS Antecipação Tributária, fls. 24 a 46, mostra que a atividade econômica dos fornecedores foi identificada na coluna “Atividade”, tendo a redução da base de cálculo de 18,53% sido aplicada sempre que o fornecedor tem por atividade econômica a indústria, indicada pela letra “I”.

Em relação aos novos valores apresentados pela defesa para a infração 01, reitera que somente concedeu o desconto de 18,53% quando as aquisições dos medicamentos foram feitas junto a estabelecimento cuja atividade é a indústria, conforme determina o Art. 3-A do Decreto nº 7.799/2000. Deixou de conceder tal redução da base de cálculo quando as aquisições foram feitas junto a estabelecimentos atacadistas. A verificação da atividade econômica dos fornecedores foi feita na página da Receita Federal do Brasil na internet (WWW.receita.fazenda.gov.br), conforme extratos da Emissão de Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral acostados às folhas 229 a 239.

No tocante aos estabelecimentos listados pela defesa, frisa que os mesmos têm com atividade econômica o Comércio Atacadista, conforme os extratos acima citados, fls. 229 a 239.

Quanto a alegação defensiva de que o citado decreto equipara o Atacadista a Indústria, esclarece que o mesmo foi alterado pelo Decreto nº 11.699/2009 para estender a multicitada redução da base de cálculo nas aquisições feitas junto a estabelecimentos importadores a partir de 09/09/2009. Portanto, quando da ocorrência dos fatos geradores, exercício de 2008, a redução da base de cálculo de 18,53% prevista no Art. 3-A do Dec. Nº 7.799/2000 aplica-se apenas às aquisições feitas junto a estabelecimentos industriais, restando comprovado que não houve qualquer equívoco na autuação.

Relativamente a infração 02, na qual o autuado alega ter direito a redução de 18,53% e não de 10%, frisa que, conforme demonstrado quando da análise da infração 01, a redução de 18,53% da base de cálculo só pode ser aplicada no exercício de 2008, quando as aquisições das mercadorias forem feitas junto a estabelecimentos que tenham por atividade a Indústria, deve ser mantida a autuação em tela.

Destaca que, como bem ressaltou a defesa, o Decreto nº 7.799/2000 foi alterado em 2009, pelo Decreto nº 11.699/2009. Portanto, quando da ocorrência dos fatos geradores em tela, no caso o exercício de 2008, somente era admitido a redução da base de cálculo de 18,53% para as aquisições feitas junto a estabelecimento industriais.

Em relação a infração 05, destaca que foi apurada à semelhança da infração 04 reconhecida pela defesa, a partir de cópias de notas fiscais colhidas junto a seus fornecedores e junto ao CFAMT, fls. 200 a 215. Argumenta que, embora o autuado negue que tenha recebido as mercadorias, não apresentou nenhuma prova documental de que não tenha recebido ou que tenha recusado as mercadorias constantes nas notas fiscais, fls. 200 a 215, opinando pela manutenção da autuação.

No tocante a infração 06, salienta que dentre os diversos produtos a defesa só questionou um, o cateter angiográfico, alegando que é isento citando que a NCM 9018.3929 consta do Convênio 01/99, como Cateter balão para angioplastia ou cateter guia para angioplastia, transcrevendo a descrição de três tipos de cateter.

Esclarece que o Anexo do Convênio 01/99 traz não apenas três tipos de cateter, mas sim dezesseis tipos, conforme transcreveu à folha 721, destacando que a descrição destes produtos desce a espécie, observando que, em nenhum momento encontrou no citado Anexo qualquer descrição que lembre, ainda vagamente, cateter angiográfico. Por outro lado, verificou que a defesa faz uma descrição razoável do que seja angioplastia, não o fazendo, porém, em relação ao que seja uma angiografia.

Prosseguindo, passou a apresentar a definição do que seja uma angiografia, como segue:

- **Angiograma (ou A Angiografia)** é a visualização por radiografia da anatomia do coração e vasos sanguíneos depois da introdução intravascular de meio de contraste radiopaco (tintura). O nome vem do grego *angeion*, vaso, e *graphein*, escrever . (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Angiografia>)

- **ANGIOPLASTIA CORONÁRIA COM COLOCAÇÃO DE STENT** - A angioplastia coronária é um procedimento terapêutico para a abertura de um entupimento de uma artéria do coração usando-se um cateter que possui um pequeno balão na sua ponta. Nesses casos este balão está envolvido por uma pequena mola de aço inoxidável entrelaçado, chamada de “stent”. O balão e o stent são colocados vazios no local onde existe o entupimento (obstrução) e o balão é inflado (cheio) com soro e contraste radiopaco. (<http://www.hc.unicamp.br/laboratorios/lab-cateterismo.shtml>).

Destaca que, enquanto a angioplastia é um procedimento não cirúrgico empregado para corrigir um estreitamento, geralmente formado por uma placa de gordura, na artéria coronária, utilizando-se de um cateter que possui um pequeno balão em sua ponta, a angiografia é um procedimento onde se faz uma radiografia da anatomia do coração e de vasos sanguíneos visando o diagnosticar possíveis anomalias, utilizando-se de um cateter que serve para injetar o contrate na região a ser radiografada. Ver que jamais podemos confundir cateter para angioplastia com cateter para angiografia.

Quanto aos demais itens da infração, frisa que a defesa não faz menção específica a qualquer deles, ressaltando que a interpretação literal de norma que conceda isenção não ocorre por vontade da fiscalização, mas sim em função do que manda o artigo 111 do CTN, concluindo que a argumentação da defesa não consegue descaracterizar o que é exigido na infração.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

Às folhas 727/728, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$43.838,69.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 06 (seis) infrações.

Observo que na peça defensiva o autuado, expressamente, reconheceu integralmente as infrações 03 e 04, tendo realizado o pagamento, conforme relatório do SIGAT acostado autos. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando caracterizadas.

Assim, a lide no presente caso encontra-se restrita às acusações 01, 02, 05 e 06, consignadas no Auto de Infração, embora o sujeito passivo tenha reconhecidos parcialmente à procedência de das infrações 01 e 02.

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo autuado ter recolhido a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades de Federação e/ou exterior relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Já na infração 02 é imputado ao autuado o recolhimento a menos do ICMS, decorrente de erro na apuração dos valores do imposto, nas operações interestaduais de saída de medicamentos quimioterápicos em virtude de erro da apuração, devido a apuração ser efetuada conjuntamente com os valores apurados para antecipação tributária.

As infrações 01 e 02 serão examinadas conjuntamente, uma vez as questões levantadas pela defesa são as mesmas.

Em sua defesa o autuado informa que reconhece parcialmente os valores autuados, em ambas as imputações, apresentando demonstrativos com os valores reconhecidos, ressaltando que a diferença remanescente entre o valor autuado e o reconhecido é decorrente de erro do autuante que não considerou a redução da base de cálculo de 18,53%, prevista no art. 3º-A do Decreto nº 7.799/2000, tendo aplicado a redução de 10%, argumentando que os atacadistas que relacionou, seus fornecedores, seriam importadores equiparados à indústria. Aduz que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, estabelece a equiparação da filial atacadista ao estabelecimento industrial, no seu art. 16, § 1º, I. Transcreve entendimento da Receita Federal sobre o tema.

Para definição de qual é o percentual correto de redução da base de cálculo é necessário analisar a redação vigente do art. 3º-A do Decreto nº 7.799/2000 nas datas dos fatos geradores.

Na infração 01 os fatos geradores ocorreram em fevereiro, março, junho e julho de 2008. Já na infração 02 ocorreram em janeiro a março e junho a dezembro de 2008.

Portanto, os fatos geradores ocorreram no exercício de 2008. Neste período a redação vigente era a estabelecida pela alteração promovida pelo Decreto nº 8.511, de 06/05/03, que vigorou de 07/05/03 a 08/09/09, *in verbis*:

"Art. 3º-A. 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% (dezoito inteiros e cinqüenta e três centésimos por cento), sem prejuízo da redução prevista no § 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, 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)" Grifei.

Da leitura do dispositivo acima, resta cristalino, que a redução da base de cálculo em 18,53% somente poderia ser aplicada nas aquisições **feitas diretamente a estabelecimentos industriais**. Por se tratar de um benefício fiscal, não cabe uma interpretação extensiva. A interpretação somente pode ser literal. Portanto, no período objeto das infrações (01 e 02), o autuado somente poderia ter utilizado esse percentual de redução, exclusivamente, nas compras realizadas na indústria.

Somente com a alteração introduzida pelo Decreto nº 11.699, de 08/09/09, abaixo transscrito, que alterou novamente a redação do art. 3º-A nº 7.799/2000 é que o autuado poderia se beneficiar da redução da base de cálculo nas aquisições decorrentes de importações e diretamente na indústria, no período de 09/09/2009 a 31/12/2009:

"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). § 1º Em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 16% (dezesseis por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 3% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. § 2º O disposto neste artigo também se aplica nas aquisições oriundas dos estados do Paraná e São Paulo, hipótese em que o remetente ficará dispensado da retenção do imposto, conforme faculdade prevista nos protocolos firmados com as respectivas unidades federadas."

Portanto, o argumento defensivo e os cálculos apresentados na defesa não podem ser aceitos, pois na época das aquisições o benefício fiscal somente era previsto para as aquisições realizadas em estabelecimentos indústria.

Quanto ao entendimento da Receita Federal, relativamente a regulamentação do IPI, o mesmo não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a competência tributaria para legislar em relação ao ICMS, no caso em tela, é do Estado da Bahia.

De igual modo, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que RICMS/BA equipara a filial atacadista da indústria ao estabelecimento industrial, conforme previsto no § 1º, inciso I do art. 51 do RICMS/BA, está 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. Quando ao dispositivo citado pela defesa, art. 16, § 1º, I, o mesmo trato de isentas do ICMS nas remessas e recebimentos de amostras grátis, matéria totalmente diversa da presente lide

No tocante a atividade dos fornecedores emitentes das notas fiscais objeto da presente lide, observo que o procedimento da fiscalização foi correto, uma vez que pesquisou a atividade econômica na página da Receita Federal do Brasil na internet (www.receita.fazenda.gov.br), tendo, inclusive, acostado os extratos da Emissão de Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral acostados às folhas 229 a 239 dos autos.

Logo, entendo que as infrações 01 e 02 restaram caracterizadas, pois, no caso da infração 01, a legislação determina, 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Por sua vez, na infração 02, restou comprovado a incorreção do procedimento do contribuinte na apuração dos valores relativos aos medicamentos quimioterápicos.

Na infração 05, é imputado ao sujeito passivo ter dado entrada do estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% do valor comercial das mercadorias.

Em relação a argüição de constitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstengo de manifestar a respeito.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob a argumentação de que não foi observado o contraditório e ampla defesa, tendo em vista que a infração foi embasa em documentos fiscais onde constam os dados cadastrais do autuado.

Cabe Ressaltar que a jurisprudência pacificada deste CONSEF reconhece que as notas fiscais capturadas pelos sistemas fazem prova da circulação da mercadoria no estado baiano, concluindo-se que o destinatário recebeu as mercadorias, como pode ser observado, somente a título de exemplo, no ACÓRDÃO CJF Nº 0098-11/09 da 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL. Ademais, conforme se observa no ACÓRDÃO JJF Nº 0100-01/11 o próprio sujeito passivo já foi autuado pela mesma infração, sendo julgada procedente por unanimidade. Acrescento, ainda, que

a infração 04 do auto em lide, que foi reconhecida pelo autuado, trata da mesma irregularidade, só que relativa a mercadorias não tributáveis.

Portanto, não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

No mérito, observo que o autuado não apresentou nenhum documento para comprovar suas alegações defensivas e não acostou nenhum levantamento para contrapor o elaborado pela fiscalização, o qual foi embasado nas planilhas do Anexo XIII, cópia dos documentos fiscais Anexo XIV e cópia de livros fiscais constante Anexo XX, todos acostados aos autos e entregue ao autuado.

Assim, entendo que a infração 05 restou caracterizada.

Na infração 06 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, por tê-las tratado como isentas do imposto, os valores apurados estão nas planilhas constantes do Anexo XV. Tudo conforme notas fiscais de compra de mercadorias apresentadas pelo contribuinte, cópias no Anexo XVIII, notas fiscais de venda de mercadorias apresentadas pelo contribuinte, cópias no Anexo XIX, e cópia dos livros fiscais no Anexo XX.

Em sua defesa o autuado questionou a inclusão no levantamento fiscal do produto cateter angiográfico, fornecido pela empresa SPECIALMED Comércio e Representações Ltda., alegando que é isento citando que a NCM 9018.3929 consta do Convênio 01/99, como Cateter balão para angioplastia ou cateter guia para angioplastia, transcrevendo a descrição de três tipos de cateter. Acosta cópia da Nota Fiscal nº 6185 de 04/01/2007 da SPECIALMED Comércio e Representação Ltda., relativa a aquisição dos produtos em questão (Cateter Angiográfico). Entende que CATETER ANGIOGRÁFICO (Descrição da Nota Fiscal do Fornecedor) e CATETER PARA ANGIOPLASTIA (Descrição do Convenio 01/99) é exatamente a mesma coisa.

Antes de adentrar o núcleo da lide que rodeia o presente item do Auto de Infração, deve esclarecer que entendo, pela pesquisa que realizei, consultando os endereços eletrônicos <http://pt.wikipedia.org/wiki/Angiografia> e www.hc.unicamp.br/laboratorios/labcatecismo.shtml, que não podemos confundir ANGIOGRAFIA com ANGIOPLASTIA. O primeiro, “ANGIOGRAFIA” é a visualização por radiografia da anatomia do coração e vasos sanguíneos depois da introdução intravascular de meio de contraste radiopaco (tintura). Por outro lado, “ANGIOPLASTIA” é um procedimento terapêutico para a abertura de um entupimento de uma artéria do coração usando-se um cateter que possui um pequeno balão na sua ponta.

Cabe registrar que a defesa não apresentou nenhum questionamento em relação aos demais itens da infração.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, posto que CATETER ANGIOGRÁFICO, conforme *Descrição da Nota Fiscal do Fornecedor*, descrição reconhecida pela defesa, não consta do Anexo Único do Convênio 01/99.

O citado convênio concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, indicados no anexo do referido acordo interestadual.

Por se tratar de isenção a interpretação na norma legal de ser, exclusivamente, literal, conforme comando legal previsto no inciso II, artigo 111 do CTN, *in verbis*:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre

I - ...

II - outorga de isenção;

II - outorga de isenção;

II - outorga de isenção;

Art. III. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

II - outorga de isenção;

Portanto, no caso em tela, somente pode ser concedida isenção para os produtos listados no Anexo Único do convênio, não cabendo nenhuma interpretação extensiva da descrição deste ou daqueles equipamentos e insumos.

Neste contexto, na nota fiscal consta a descrição de Cateter Angiográfico, entretanto, a referida descrição não consta do supracitado convênio. Por consequência, o produto descrito nos documentos fiscais não goza de isenção, estando correto o procedimento da fiscalização.

Logo, a infração 06 deve ser mantida.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269353.0010/11-8, lavrado contra **EXPRESSA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$179.072,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alíneas “a” e “d” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$9.759,72**, previstas nos incisos XI e IX do artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR