

A. I. N° - 210446.1501/13-9
AUTUADO - NEVES NEVES COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JOANICE SILVA DE SANTANA BRETTAS
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 12/09/2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0140-05/13

EMENTA: ICMS. MERCADORIA DESTINADA A CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO NO CADASTRO DO ICMS/BA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária, destinadas a empresa desprovida de regime especial, deve-se apurar o imposto devido pelo regime normal de apuração do ICMS. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/02/2013, exige ICMS, sob o regime de antecipação tributária, no valor de R\$9.629,57, acrescidos de multa de 60%, em decorrência da aquisição de mercadorias tributadas, procedentes de outra unidade da federação, para comercialização, por parte de contribuinte descredenciado no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia.

Constam dos autos: Termo de Apreensão e Ocorrências n° 210446.1501/13-9, fl. 04; extrato INC, fl. 05; DANFE n° 41.613, fls. 06 e 07; planilha de cálculo do ICMS apurado, fl. 08; Notificação Fiscal n° 210446.1238/12-8, fls. 11 e 12 (emitida, pela autuante, e posteriormente cancelada) acompanhada do respectivo DAE (n° 1205324936) de quitação, fl. 09; Termo de Fiel Depositário n° 1204242493, fl. 13; Termo de Intimação da lavratura do Auto de Infração, fl. 14, acompanhado do protocolo de entrega pelos Correios, mediante AR, fl.15; Impugnação, fls. 18 a 21, DAE (n° 1302217901) de quitação parcial do presente Auto de Infração, fl. 22; e a informação fiscal, fls. 27 e 28.

A autuada apresenta impugnação (fls. 18 a 21), alegando que solicitou, em 20/09/2012, a sua habilitação ao regime especial previsto no Decreto n° 11.872/2009, não tendo, até a presente data, obtido resposta.

Considerando ter direito à apuração do ICMS mediante a forma simplificada de cálculo, prevista no decreto supracitado, confessa o fato, mas reivindica correção do cálculo efetuado pela autuante, pois defende que seja feita a aplicação do percentual de 3% sobre o valor total da nota de venda ao consumidor, conforme demonstra à folha 21.

Baseada nesses cálculos (acima referidos), conclui que o ICMS devido sobre a operação autuada é de R\$2.385,00 (dois mil, trezentos e oitenta e cinco reais), em lugar dos R\$9.629,57 (nove mil, seiscentos e vinte e nove reais e cinqüenta e sete centavos) apurados pela autuante.

Deduzindo do valor assim apurado (R\$2.385,00), o montante já recolhido em quitação da notificação fiscal cancelada (vide folha 9), representado por R\$1.938,93 (mil, novecentos e trinta e oito reais e noventa e três centavos), chega a um valor líquido a recolher de R\$446,07 (quatrocentos e quarenta e seis reais e sete centavos), os quais foram quitados mediante o DAE n° 1302217901, cuja cópia se encontra acostada à folha 22.

Conclui, pedindo que o presente Auto de Infração seja extinto.

A autuante, ao proceder à informação fiscal, fl. 27 a 28, afirma, inicialmente, que a própria autuada reconhece a ocorrência da infração, uma vez que promoveu o recolhimento daqueles valores resultantes do cálculo que entende como correto. Conclui, portanto, que a divergência cinge-se à metodologia de apuração do imposto devido.

No que respeita à forma de cálculo, afirma que a impugnante somente teria direito à forma simplificada de cálculo do ICMS - antecipação tributária, se tivesse obtido a sua habilitação para operar sob o regime especial, o que no caso não ocorreu.

Defende que a mera solicitação é incapaz de conceder à autuada os benefícios previstos no Decreto nº 11.872/2009, não lhe restando outra alternativa, senão promover o recolhimento com base na carga tributária de 17% (dezessete por cento).

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

VOTO

Inicialmente, é possível constatar que o surgimento da obrigação tributária encontra-se fartamente comprovado, com base no DANFE nº 41.613 (folha 06) bem como pelo Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210446.1501/13-9 (folhas 04 e seguinte), os quais evidenciam a ocorrência do fato gerador, consistente na aquisição de mercadorias tributadas, sujeitas ao regime da antecipação tributária (NCM 3003), nos termos do art. 353, inciso II, item 13.2, conforme pode ser conferido pela leitura do corpo do documento fiscal citado, no quadro “DADOS DO PRODUTO”, coluna “NCM”, linha única.

Fato, aliás, confessado pela própria autuada, a qual não negou, em momento algum, a prática da conduta descrita na peça inaugural, constitutiva do crédito, conforme se pode extrair da leitura de trecho da sua impugnação (folha 18), abaixo reproduzida.

“03 – a autuada está de acordo e está neste ato recolhendo o valor de R\$ 446,07 (quatrocentos e quarenta e seis reais e sete centavos), ...”

Quanto ao cálculo do imposto devido, o exame do documento fiscal que acobertou a operação revela tratar-se de medicamento “TRIFORMIN COM 850 MG CX C/30” cujo CNM é 30039059, conforme folha 06, quadro “DADOS DO PRODUTO”, colunas “descrição do Produto/Serviço” e “NCM”, respectivamente, linha única. Identifica-se, portanto, como uma espécie de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária por antecipação, nos termos do art. 353, inciso II, alínea “13”, item “13.2” do RICMS/97, vigente à época de ocorrência do fato gerador em exame, conforme abaixo *in verbis*:

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

*...
II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

*...
13 - os produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário a seguir especificados:*

*...
13.2 - Medicamentos - NBM 3003 e 3004;
...”*

Como tal deve, a apuração do imposto devido, observar as regras especiais, previstas no inciso I, do § 2º do art. 61 do diploma regulamentar citado, conforme texto reproduzido *in verbis* abaixo:

“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

*...
§ 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 (grifo acrescido);
...”*

Assim, a apuração de um dos fatores (a base de cálculo) do produto que traduz a operação aritmética a ser engendrada para obtenção do *quantum* devido é de ser guiada pela regras do Convênio ICMS 76/94. Esse instrumento normativo traz, em sua cláusula segunda, o dispositivo que disciplina a apuração da base de cálculo aplicável à operação objeto da presente autuação, o qual há de ser combinado com a regra prevista no § 4º dessa mesma cláusula, nos termos a seguir, *in verbis*:

“Cláusula segunda A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor (grifo acrescido) e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

...
§ 4º A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento).
...”

Depreende-se do acima transcrito que a base de cálculo será 90% do preço de venda a consumidor. Já a alíquota aplicável é aquela prevista no art. 357, caput do RICMS, conforme abaixo:

Art. 357. O ICMS a ser retido ou antecipado será calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas (grifo acrescido) sobre a base de cálculo prevista nos termos do art. 61, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.

Tal regra é idêntica à outra prevista no Convênio 76/94, em sua cláusula terceira, reproduzido a seguir, *in verbis*:

Cláusula terceira A alíquota a ser aplicada sobre a base de cálculo prevista na cláusula segunda será a vigente para as operações internas (grifo acrescido) na unidade da Federação de destino.
...”

Considerando que o preço unitário máximo ao consumidor pode ser extraído do DANFE, em sua coluna “PMC”, temos, assim, os elementos necessários ao cálculo do ICMS devido na operação autuada, da forma como segue:

PMC = R\$15,90 (folha 06, coluna “PMC”);
Base de cálculo = R\$15,90 * 5000 = R\$79.500,00
Base cálculo reduzida = R\$79.500,00 * 90% = R\$71.550,00
ICMS devido = R\$71.550,00 * 17% = R\$12.163,50
ICMS destacado no DANFE = R\$595,00 (folha 06, campo “Valor do I.C.M.S.”)
Valor pago ref. Notificação = R\$1.938,93 (folha 09, campo “TOTAL A RECOLHER”)
ICMS A RECOLHER = R\$12.163,50 – R\$595,00 – R\$1.938,93 = R\$9.629,57
ICMS A RECOLHER = R\$9.629,57.

Esse é, portanto, o valor do ICMS a recolher, a ser reclamado mediante o Auto de Infração, considerando que o contribuinte apure o imposto dentro do regime normal de apuração do ICMS, ou seja, a partir da sistemática usual, sem gozo do regime especial previsto no Decreto estadual 11.872/2009.

O ato normativo citado instituiu um regime especial de tributação, pelo qual as empresas, assim habilitadas poderiam desfrutar de uma redução da carga tributária incidente sobre a operação de aquisição de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, segundo relação ali definida, conforme a seguir:

“Art. Iº - Fica 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.

...”

O artigo reproduzido dispõe que o regime especial depende da celebração de termo de acordo. Este ato negocial será celebrado a partir de requerimento da parte, dependendo, contudo, do atendimento de alguns requisitos, previstos pelo art. 3º do diploma legislativo citado, conforme a seguir.

“Art. 3º - Somente será celebrado termo de acordo com contribuinte que:

I - esteja enquadrado na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) sob o código 4644-3/01 - comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com a entrega:

a) da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA);

b) do arquivo magnético de que trata a cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95.”

Não basta, portanto, requerer a habilitação para operar sob o regime especial, uma vez que se faz necessário aferir o preenchimento de determinados requisitos para gozo desse tratamento especial. Trata-se de uma concessão da administração fazendária já que o beneficiado passará a gozar de condições diferenciadas e mais favoráveis para cumprimento das obrigações acessórias.

O texto do art. 902 do RICMS/97 não deixa margem a dúvidas quanto ao caráter desse ato administrativo.

“Art. 902. Compete ao Diretor de Tributação a concessão de regime especial (grifo acrescido), cabendo à Gerência de Estudos Tributários (GETRI), após a instrução do processo a que se refere o § 3º do artigo 901, o exame prévio do pedido e a emissão de parecer conclusivo, ouvidas as respectivas gerências de segmento, quando for o caso.”

A dicção do § 4º só vem a reforçar essa linha interpretativa.

“Art. 902. ...

*...
§ 4º Não será concedido regime especial a contribuinte que se encontrar em débito com a fazenda pública estadual, quando já inscrito em Dívida Ativa, enquanto não proceder à extinção da dívida, salvo nos casos de débitos parcelados que estejam sendo pontualmente pagos.*

...”

Não pode, por isso, a autuada desfrutar do tratamento especial sem que lhe tenha sido deferido o pedido, por parte da administração tributária. Não podendo fazê-lo, como o ficou demonstrado, procedeu corretamente a autuante, não merecendo reparo à metodologia engendrada para levar a termo o cálculo do tributo.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210446.1501/13-9, lavrado contra **NEVES NEVES COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.629,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2013.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR