

A. I. Nº - 297856.0801/11-9
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.
AUTUANTES - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA, RUBENS MINORU HONDA e
JOÃO MARLITO MAGALHÃES DANTAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 23. 08. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0180-01/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. [MEDICAMENTOS.] **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos, excluindo-se os valores relativos a produtos não considerados medicamentos. O RICMS vigente à época dos fatos, no art. 353, II, item 13.2, prevê que se encontram enquadrados no regime de substituição tributária, passíveis, portanto, da antecipação do imposto, os medicamentos de uso humano enquadrados nas posições 3003 e 3004 da NCM (NBM), sendo que, além dos medicamentos, também integram o regime de substituição tributária outros produtos farmacêuticos medicinais especificados no item 13 do inciso II do art. 353, tais como soros, vacinas, esparadrapo, mamadeiras, preservativos, seringas, etc. Os produtos cujos valores foram excluídos não se enquadraram nas posições 3003 e 3004 da NCM (medicamentos), nem em qualquer outra posição da extensa lista dos produtos farmacêuticos medicinais de uso humano contemplada no art. 353, II, item 13, do RICMS. Trata-se de produtos classificados na posição 2915.39.39 (produtos químicos orgânicos - ésteres do ácido acético) e na posição 3304.99.90 (óleos essenciais e resinóides - produtos de beleza ou de maquilagem - preparações para conservação ou cuidados da pele). Reduzidos os valores do imposto a serem lançados. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 2.8.11, refere-se aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 88 e 89” [leia-se: mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS], sendo lançado imposto no valor de R\$ 5.349,52, com multa de 60%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 88 e 89” [leia-se: mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS], sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.267.732,33, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 34/45), que se inicia com a transcrição parcial dos arts. 18 e 19 do RPAF, aduzindo que o Auto de Infração deve ser declarado nulo por ausência de meios para que se identifique com clareza a infração que lhe está sendo imputada. Alega que o enquadramento legal

erigido pela fiscalização para impor a infração ao contribuinte não se mostra perfeitamente claro, de forma a permitir o completo conhecimento das supostas condutas violadoras da legislação. Também alega que os diversos cálculos realizados pelo autuante, constantes nos anexos que embasaram o Auto de Infração, não permitem o devido entendimento dos métodos e critérios utilizados pela fiscalização, que conduziram aos valores lançados. Afirma que o enquadramento legal apontado não guarda coerência com a descrição dos fatos e não permite a devida constatação dos dispositivos efetivamente infringidos, na medida em que não especifica qual item efetivamente imputaria à empresa a complementação de recolhimento ou o recolhimento do ICMS, por deixar de considerar a especificidade do caso concreto, em face do regime especial ao qual a empresa se encontra subsumida. Diz que a fiscalização se eximiu de detalhar sequer o inciso ou parágrafo do extenso art. 61 do RICMS que teria sido inobservado pela empresa. Transcreve trechos dos arts. 371, 125 e 61 do RICMS. Alega que a fiscalização desconsiderou por completo o regime especial de tributação ao qual se encontrava vinculada a empresa, deferido por meio do Processo nº 20614720094, que lhe confere os benefícios do Decreto nº 11.872/09, que excepcionam as definições contidas nos dispositivos que acaba de citar, haja vista que eles não se aplicam em sua totalidade ao caso em análise, conforme documento anexo (fl. 67). Reclama que a aplicação de dispositivos legais aos quais não se encontra adstrita a empresa afasta requisito essencial do Auto de Infração, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF, ocasionando sua nulidade. Alega ser impossível, apenas através das informações lançadas no Auto e em seus anexos, ter a correta percepção das infrações apontadas, não podendo determinar com precisão a sua natureza, em especial, em face do enquadramento legal indicado, pois restam dúvidas quanto à caracterização do fato imponível descrito com a conduta da empresa, que, possuindo Termo de Acordo firmado com a Secretaria da Fazenda, se encontra subsumida a regime de tributação diferenciado, não considerado pela fiscalização quando da descrição dos fatos ou do enquadramento, infringindo dúvidas à empresa, que entende incorreta a aplicação da lei ao caso concreto. Alude ao art. 5º, LV, da Constituição. Cita acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais [não diz de que Estado]. Entende que a presente autuação foi realizada em desalinho com o quanto previsto nos arts. 18, IV, “a” e “b”, e 19 do RPAF, de forma que deverá ser reconhecida a sua nulidade do ato por esta Junta, com o cancelamento do Auto de Infração.

No mérito, o defendant observa que é contribuinte sujeito ao regime de substituição tributária por força do art. 353, II, item 13 do RICMS, realizando a distribuição, neste Estado, de produtos farmacêuticos medicinais, dentre estes, medicamentos e produtos de higiene e beleza. Pontua que a substituição tributária tem amparo constitucional (Constituição, art. 150, § 7º), por meio da qual a responsabilidade pela retenção ou recolhimento do ICMS devido em determinada ou determinadas operações é atribuída por lei a outro contribuinte, como forma de facilitar a atuação e fiscalização das Secretarias de Fazenda. Cita ensinamentos de José Eduardo Soares de Melo, Geraldo Ataliba e Ayres Barreto. Diz que no caso em tela tem-se a aplicação da substituição tributária sobre a aquisição de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, efetuada por distribuidor de medicamento, nos termos do Decreto nº 11.872/09, disposto de Termo de Acordo consubstanciado mediante o Processo nº 20614720094. Alega que o referido decreto estabelece formas diferenciadas de tributação, reduzindo a base de cálculo da antecipação do imposto relativo às operações subsequentes, sendo que algumas glosas feitas pela fiscalização deixaram de considerar que alguns produtos não estariam sujeitos à retenção do imposto.

Lembra que a Bahia firmou o Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, cuja cláusula primeira prevê que cabe ao importador ou ao industrial fabricante proceder à retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário, e o parágrafo único reafirmava tal sujeição passiva, ao vedar a realização de saída dos produtos para destinatário revendedor sem a correspondente retenção do imposto. Reclama que, em detrimento disso, neste caso houve a glosa de Notas Fiscais contendo operações com CFOP de entrada 6102, referente a aquisições sem substituição tributária, pelo fato de os produtos indicados nas Notas vinculadas a tal código não se

encontrarem relacionados no anexo do referido Convênio ICMS 76/94. Aduz que em virtude da ausência de indicação da NCM de tais produtos no convênio não se pode pretender a tributação por substituição, em virtude de falta de previsão legal. Aponta como exemplo a Nota Fiscal 13841, da Procter e Gamble do Brasil S.A., na qual constam produtos com a NCM 33049990, que não se encontra relacionada no Convênio ICMS 76/94, não havendo por que se falar nesse caso em substituição tributária. Frisa que esse exemplo foi citado a título de amostragem.

Pede que se reconheça a improcedência da autuação ou sua nulidade.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 70/74) dizendo que essa empresa é contribuinte regularmente inscrito sob o número 74.535.578 no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, tendo como atividade a distribuição de produtos farmacêuticos, estando, portanto, sujeita a efetuar a antecipação tributária nas entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária quando as mercadorias provierem de Estados não signatários do Convênio 76/94. Aduzem que o autuado tem Termo de Acordo, conforme Decreto nº 11.872/09, que estabelece regime de tributação diferenciado no cálculo da antecipação do imposto.

Quanto à preliminar de nulidade apresentada pelo defensor, informam que às fls. 8-9 dos autos se encontra um resumo, mês a mês, dos valores autuados, por infração, às fls. 10/12 estão os demonstrativos analíticos, que demonstram a apuração do imposto não retido, e às fls. 13/25 consta o relatório analítico do imposto retido a menos, sendo que foram anexadas ao processo apenas a primeira folha e a totalização mensal, porém foram entregues ao autuado em meios magnéticos os demonstrativos analíticos completos.

Informam que os demonstrativos analíticos trazem informações de cada Nota Fiscal, item a item, alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a “BC-ST” calculada e reduzida e o “ICMS-ST” encontrado, e neles constam detalhadamente, passo a passo, por coluna, todas as etapas do cálculo do “ICMS antecipação” devido, constando ainda informações de ano, mês, dia, número da Nota Fiscal, código do produto, data da entrada da mercadoria no estabelecimento, CNPJ e nome da empresa fornecedora, unidade federada de origem, e alíquotas interna e de origem. Aduzem que tais demonstrativos apresentam todas as informações necessárias e suficientes para a clareza e fácil compreensão dos cálculos realizados para a obtenção do resultado. Salientam que o modelo utilizado é o padrão da Sefaz e é gerado automaticamente pelo sistema desta Secretaria. Dizem que cada Nota Fiscal traz os itens separadamente, por linhas, e os valores dos cálculos intermediários para a devida clareza e compreensão do procedimento fiscal.

Também destacam que em todo o período fiscalizado houve intensa interação com o contribuinte para esclarecimentos mútuos. Esclarecem que a coluna dos demonstrativos intitulada “BC-ST reduzida” está de acordo com o art. 3º-A do Decreto nº 11.872/09, onde foi reduzido o percentual de 18,53% e mais a redução prevista no § 2º do art. 61 do RICMS, resultando em um total de 28,53%, ou, alternativamente, o que for menor, mediante aplicação do percentual de 16% sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não fosse inferior a 3,0% do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme parágrafo único do mesmo artigo e decreto.

Falam dos dispositivos apontados no enquadramento legal do Auto.

Quanto ao mérito, informam que todas as mercadorias constantes nas Notas Fiscais com o CFOP 6102 foram detalhada e criteriosamente analisadas.

Dizem que consideram medicamento o produto Hipoglós Amêndoas 40 e 80 GR, constante na Nota Fiscal 13841 da Procter e Gamble do Brasil S.A., com NCM 3304.99.90, por terem eles, fiscais, obtido informações sucintas sobre tal produto, sua composição e fórmula medicamentosa. Aduzem que outro fato que os levou a concluir que o Hipoglós Amêndoas é medicamento é a constatação de que ele tem a mesma composição e fórmula do Hipoglós tradicional, que é considerado medicamento pelo próprio fabricante, não tendo isso sido contestado pela defesa.

Quanto à alegação da defesa de que a citação do produto Hipoglós Amêndoas foi a título de amostragem, os fiscais dizem que isso não procede, tendo em vista que todo o relatório de “ICMS ST não Retido” é composto tão somente de quatro produtos, sendo que dois deles, o Tamiflu 75mg 10 cápsulas e o Losartion 50mg 1 bl x 10 comp, têm NCM específica de medicamento e constam no anexo do Convênio ICMS 76/94, não estando inclusos na controvérsia levantada pelo autuado.

Consideram que o produto Artrodar 50mg com 30 cápsulas, pelos mesmos motivos do Hipoglós, ou seja, fórmula e composição medicamentosa, não suscita dúvida quanto ao seu objetivo farmacológico.

Opinam pela procedência do Auto de Infração.

O processo foi remetido em diligência à repartição de origem (fls. 85-86) para que os fiscais autuantes se manifestassem em relação aos questionamentos apresentados pelo defendant, inclusive se foi considerado o regime de tributação previsto no Decreto nº 11.872/09, alegado nas razões de defesa. Quanto à alegação do autuado de que foram incluídos no levantamento fiscal produtos que não se encontram inseridos no Convênio ICMS 76/94, foi solicitado na diligência que os fiscais intimassem o autuado para que fornecesse listagem completa das Notas Fiscais que estejam nesta situação e, se confirmada a alegação defensiva, deveriam ser excluídos do cálculo do imposto os produtos não sujeitos a substituição tributária.

Em atendimento à diligência, os fiscais responderam (fls. 88/91) que foi considerada toda a legislação vigente e que o Decreto nº 11.872/09 foi considerado integralmente. Transcrevem a informação que havia sido prestada no tocante às considerações preliminares. Observam que não foram apontados erros de cálculo, e a defesa não menciona quais os dados ou informações adicionais que não constam nos relatórios fiscais. Aduzem que intimaram o contribuinte para que apresentasse a listagem das Notas Fiscais e dos produtos que foram incluídos no levantamento fiscal e que no entender do autuado não se encontram inseridos no Convênio ICMS 76/94, e o autuado entregou, no prazo estabelecido, a relação das Notas Fiscais e respectivos produtos que segundo ele não estão dentro da abrangência do referido convênio. Aduzem que mantêm o seu posicionamento já registrado na informação fiscal, que transcrevem. Juntaram os elementos fornecidos pelo contribuinte.

Dada ciência do pronunciamento dos autuantes ao contribuinte, este se manifestou (fls. 115/124) fazendo um breve relato dos fatos, suscita a nulidade do Auto de Infração e expõe razões quanto à substituição tributária. Alega que os produtos Hipoglós Amêndoas 40 e 80g e Artrodar 50mg com 30 cápsulas, por não estarem incluídos no convênio, devem ser desconsiderados. Reitera os termos da defesa, pugnando pela improcedência do lançamento.

Foi prestada nova informação pelos autuantes (fls. 127/132), na qual eles indicam a premissa obedecida, e a seguir transcrevem o seu posicionamento manifestado na informação anterior. Quanto à questão levantada pelo autuado, de não terem os autuantes qualificação técnica para definir o que seria ou não medicamento e em consequência descaracterizar uma NCM, os fiscais admitem que não são realmente detentores de qualificação na área médica ou farmacológica, porém dizem que as indicações de caráter público que obtiveram não deixam nenhuma dúvida, mesmo para um leigo, do objetivo medicamentoso dos produtos Artrodar 50mg com 30 cápsulas e Hipoglós Amêndoas 40 e 80g. Concluem reiterando seu posicionamento quanto ao não reconhecimento das alegações do autuado. Opinam pela procedência do Auto de Infração.

Foi determinada nova diligência (fls. 135-136), a cargo da Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, com a recomendação de que fossem excluídos, tanto no item 1º quanto no item 2º, os valores relativos a Artrodar 50mg cx c/30 cáp., Hipoglós Amêndoas 40g e Hipoglós Amêndoas 80g.

Em atendimento à diligência, o auditor designado pela ASTEC informou (fls. 138-139) que, por se tratar de levantamento feito em programa de fiscalização específico para medicamentos, foi solicitada a colaboração dos autuantes, que prontamente colaboraram, fornecendo o banco de dados do programa Audit, realizando a exclusão dos itens solicitados, e foram então elaborados dois novos

relatórios, em que aparecem os produtos a ser excluídos, segregados por mês, um para o item 1º e outro para o item 2º, conforme quadro que transcreve, ficando o imposto do item 1º reduzido para R\$ 148,68 e o do item 2º, para R\$ 1.262.531,51.

Deu-se ciência ao autuado e aos autuantes.

O autuado manifestou-se (fls. 156/158) dizendo que, em que pese a determinação contida no despacho da diligência, no sentido de que fosse reaberto o prazo de defesa de 30 dias, o órgão preparador incorreu em erro, só lhe foi deferido o prazo de 10 dias para manifestação.

Um dos autuantes pronunciou-se (fls. 161/163) registrando ter tomado conhecimento do parecer da ASTEC, acrescentando que não concorda com a exclusão solicitada pelo órgão julgador e mantém integralmente todos os posicionamentos anteriores. Diz que sua participação na elaboração do parecer da ASTEC não se deu por questão de ofício, mas por princípio de responsabilidade com a boa conduta no trato do bem público, já que o trabalho sendo feito por estranho ao ato despenderia muito esforço e consequentemente recursos públicos, mas, embora tenha participado das atividades vinculadas ao referido parecer, isso não significa que concorde com a posição do autuado. Opina pela procedência do Auto de Infração.

O processo foi dado por instruído e posto em pauta para julgamento (fl. 164-v).

Nesse ínterim, o autuado deu entrada de petição (fls. 167/167-B) requerendo a retirada de pauta do processo, haja vista que, em vez de 30 dias, como foi determinado pelo órgão julgador, apenas foram dados 10 dias para que ele se manifestasse sobre o resultado da diligência efetuada pela ASTEC.

Na sessão do dia 31.1.13, esta Junta, apreciando o requerimento do autuado, decidiu retirar o processo de pauta e remetê-lo em diligência à repartição de origem (fls. 170-171), a fim de que o órgão preparador reabrisse o prazo de defesa.

O autuado protocolou petição (fls. 173-174) dizendo que recebeu intimação no dia 1.3.13 reabrindo o prazo de 30 dias para falar sobre as peças às fls. 170-171, 135-136, 138/152 e 161-162, com as cópias dos referidos documentos, porém no que tange à informação fiscal a empresa ficou impossibilitada de se manifestar, pois, embora o despacho da Junta cite apenas estes números de páginas que foram fornecidos à empresa, se verifica que a informação fiscal extrapola tais folhas, pois nelas só consta o relatório dos acontecimentos processuais, faltando a parte mais importante do documento, a conclusão ou eventual solicitação do fisco, de modo que, como as informações relevantes e necessárias à manifestação da empresa não acompanharam os documentos que lhe foram encaminhados, deveria ser corrigido o equívoco, enviando-lhe a informação fiscal em sua totalidade, devolvendo-se o prazo de 30 dias para manifestação.

O órgão preparador expediu intimação (fls. 176-177) reabrindo o prazo de 30 dias e fornecendo ao contribuinte cópias das fls. 170-171, 135-136, 138/152 e 161/163.

O autuado não se manifestou.

VOTO

O autuado alega em preliminar a ausência de meios para identificar com clareza a infração que lhe está sendo imputada. Diz que o enquadramento legal erigido pela fiscalização para impor a infração ao contribuinte não se mostra perfeitamente claro, de forma a permitir o completo conhecimento das supostas condutas violadoras da legislação que lhe vem sendo imputada, e os diversos cálculos realizados pelo fiscal não permitem o devido entendimento dos métodos e critérios adotados pela fiscalização. Alega que o enquadramento legal apontado não guarda coerência com a descrição dos fatos e não permite a devida constatação dos dispositivos efetivamente infringidos, na medida em que não especifica qual item efetivamente imputaria a complementação de recolhimento ou o recolhimento do ICMS. Pede a nulidade do Auto de Infração.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível e foram indicados os dispositivos infringidos e das multas aplicadas, tendo o imposto sido apurado mediante levantamentos e documentos acostados aos autos. Quanto à alegação de que os diversos cálculos realizados pelos autuantes, constantes nos anexos que embasaram o Auto de Infração, não permitem o devido entendimento dos métodos e critérios utilizados pela fiscalização, observo que o autuado entendeu os cálculos, defendeu-se e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que considera indevidas, se referindo ao levantamento fiscal. No tocante à alegação, em preliminar, de que a fiscalização desconsiderou por completo o regime especial de tributação ao qual se encontrava vinculada a empresa, deferido por meio do Processo nº 20614720094, que lhe confere os benefícios do Decreto nº 11.872/09, essa é uma questão de mérito, e não de preliminar. Não existem razões que determinem a nulidade do presente Auto de Infração.

Passo ao exame do mérito.

O item 1º deste Auto trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária.

O item 2º diz respeito a recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Consta na descrição dos fatos que a fiscalização foi efetuada com base nos arquivos magnéticos.

Na fase de instrução, tendo em vista a alegação do autuado de que a fiscalização desconsiderou o regime especial de tributação ao qual se encontrava vinculado, deferido com base no Processo nº 206.147.20094, que lhe confere os benefícios do Decreto nº 11.872/09, e que os produtos do código CFOP 6102 não se encontram relacionados no anexo do Convênio ICMS 76/94, citando como exemplos a Nota Fiscal 13841 da Procter e Gamble do Brasil S.A., foi determinada a realização de diligência a fim de que os fiscais autuantes *a) se manifestassem* em relação aos questionamentos apresentados pelo defensor, inclusive se foi considerado o regime de tributação previsto no Decreto nº 11.872/09, e *b) intimassem* o autuado para que fornecesse listagem completa das Notas Fiscais que estivessem nesta situação e, se confirmada a alegação defensiva, excluíssem do cálculo do imposto os produtos não incluídos na substituição tributária.

A diligência foi cumprida em parte: os fiscais informaram que foi observado o referido Decreto nº 11.872/09 e intimaram o contribuinte para fornecer os elementos na forma recomendada pelo órgão julgador, tendo o contribuinte atendido à intimação na forma solicitada, deixando os autuantes, contudo, de excluir do cálculo do imposto os produtos não incluídos na substituição tributária.

Por essa razão, em nova diligência, desta vez a cargo da ASTEC, foi solicitado que aquela assessoria procedesse à exclusão, tanto no item 1º quanto no item 2º, dos valores relativos a Artrodar 50mg cx c/30 cáp, Hipoglós Amêndoas 40g e Hipoglós Amêndoas 80g.

A diligência foi cumprida. O resultado encontra-se às fls. 138-139.

Foi dada ciência ao autuado da revisão efetuada pela ASTEC, e foi reaberto o prazo de defesa (fls. 176-177), e ele não se manifestou.

Também foi dada ciência da revisão aos autuantes, e um deles se pronunciou expondo suas objeções quanto à diligência, declarando que mantém integralmente todos os posicionamentos anteriores, e opina pela procedência do Auto de Infração na íntegra.

As diligências para que fossem excluídos os valores relativos a Artrodar 50mg cx c/30 cáp, Hipoglós Amêndoas 40g e Hipoglós Amêndoas 80g foram determinadas em decorrência de decisões interlocutórias do órgão julgador visando à busca da verdade material e da estrita legalidade do lançamento, pois os lançamentos objeto deste Auto dizem respeito à antecipação do imposto relativamente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, do que decorre que

somente se justifica o pagamento do imposto por antecipação se as mercadorias estiverem realmente enquadradas no regime de substituição tributária.

Os fiscais autuantes pretendem manter o lançamento do imposto em relação às supramencionadas mercadorias com base em analogia, já que produtos que a seu ver seriam semelhantes fazem parte da substituição tributária.

É compreensível a objeção dos autuantes, haja vista que no despacho de diligência, para não se caracterizar pré-julgamento, não foi explicitada a razão pela qual se solicitou que fossem elaborados demonstrativos excluindo os valores relativos a Artrodar 50mg cx c/30 cáp, Hipoglós Amêndoas 40g e Hipoglós Amêndoas 80g.

A questão aqui gira em torno de medicamentos. Porém medicamento não é qualquer substância ou preparado que tenha esta ou aquela aplicação suposta ou efetivamente benéfica ao organismo humano. Medicamento é aquilo que é tipificado como tal na NCM. Qualquer coisa que cure ou previna distúrbios patológicos, se não estiver enquadrado na NCM como medicamento, não é medicamento.

O RICMS vigente à época dos fatos, no art. 353, II, item 13.2, prevê que se encontram enquadrados no regime de substituição tributária, passíveis, portanto, da antecipação do imposto, os medicamentos de uso humano enquadrados nas posições 3003 e 3004 da NCM (NBM). Além dos medicamentos, também integram o regime de substituição tributária outros produtos farmacêuticos medicinais especificados no item 13 do inciso II do art. 353, tais como soros, vacinas, esparadrapo, mamadeiras, preservativos, seringas, etc., desde que, cumulativamente, além do nome do produto, também o código do produto na NCM se enquadre nos códigos estipulados no citado dispositivo regulamentar.

Os produtos em discussão – Artrodar 50mg cx c/30 cáp, Hipoglós Amêndoas 40g e Hipoglós Amêndoas 80g – não se enquadram nas posições 3003 e 3004 da NCM (medicamentos), nem em qualquer outra posição da extensa lista dos produtos farmacêuticos medicinais de uso humano contemplada no art. 353, II, item 13, do RICMS. O autuado demonstrou, e isso não foi questionado pelos autuantes, que Artrodar é classificado na posição 2915.39.39, e Hipoglós Amêndoas é classificado na posição 3304.99.90. Esta última posição é “parecida” (3304), mas não é a mesma de medicamentos (3004). A NCM 2915.39.39 diz respeito a produtos químicos orgânicos, compreendendo os ácidos monocarboxílicos acíclicos saturados e seus anidridos, halogenetos, peróxidos e perácidos, bem como seus derivados halogenados, sulfonados, nitrados ou nitrosados - ésteres do ácido acético. Por sua vez, a NCM 3304.99.90 diz respeito a óleos essenciais e resinóides - produtos de perfumaria ou de toucador preparados e preparações cosméticas - produtos de beleza ou de maquilagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele, exceto medicamentos.

Por essa razão, foi determinada a exclusão dessas mercadorias, tanto no item 1º quanto no item 2º.

Acato o resultado da diligência efetuada pela ASTEC.

Os valores remanescentes, de acordo com o quadro à fl. 139, são os seguintes:

Item 1º		
MÊS	VALOR LANÇADO	VALOR REMANESCENTE
Jan/2010	568,97	–
Mar/2010	487,69	–
Mai/2010	374,93	–
Jun/2010	306,76	–
Jul/2010	906,92	88,89
Ago/2010	570,92	–
Set/2010	409,02	–
Out/2010	613,52	–
Nov/2010	28,46	–
Dez/2010	1.082,33	59,79
Totais	5.349,52	148,68

Item 2º		
Jan/2010	61.958,64	61.389,67
Fev/2010	79.688,39	79.688,40
Mar/2010	152.854,76	152.367,08
Abr/2010	70.475,85	70.475,85
Mai/2010	95.795,63	95.420,70
Jun/2010	94.238,16	93.931,40
Jul/2010	99.458,88	98.640,85
Ago/2010	94.674,08	94.103,16
Set/2010	106.559,09	106.150,07
Out/2010	127.881,43	127.267,91
Nov/2010	92.215,95	92.187,49
Dez/2010	191.931,47	190.908,93
Totais	1.267.732,33	1.262.531,51

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297856.0801/11-9**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.262.680,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 8 de agosto de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR