

**A. I. N°** - 269278.0007/15-9  
**AUTUADO** - MA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. (STAR MÉDIA)  
**AUTUANTE** - SÍLVIO CHIAROT DE SOUZA  
**ORIGEM** - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 28/12/2016

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0223-01/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS DE USO HUMANO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. AMOSTRAS GRÁTIS. VOLUMES EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Não restou comprovada a ocorrência de operações de amostras grátis com volumes incompatíveis com a isenção prevista no Convênio ICMS 171/2010 e legislação interna. Infração descaracterizada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NOTA FISCAL 055.623. O impugnante comprovou o pagamento prévio do imposto exigido. Infração descaracterizada. 3. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. MEDICAMENTOS ADQUIRIDOS COMO BONIFICAÇÃO. Comprovado o pagamento de parte do valor exigido. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 25/03/2015, exige ICMS no valor de R\$328.557,17 em razão das seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 1** - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Recebimento de mercadorias cujo volume de apresentação se confunde com o produto comercializável, infringindo o disposto no artigo 16, §2º, do Decreto nº 6.284/97. Valor R\$295.007,42 e multa de 60%.

**INFRAÇÃO 2** - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Deixou de antecipar o imposto sobre os medicamentos adquiridos através da NFe 55.623. Valor R\$12.716,18 e multa de 60%.

**INFRAÇÃO 3** - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Antecipação feita a menor sobre medicamentos recebidos em bonificação, no valor de R\$20.833,57 e multa de 60%.

Na sua peça defensiva (fls. 226/231), o contribuinte apresentou as seguintes razões:

Assinala que as três imputações tratam do não recolhimento, ou do recolhimento a menor, da substituição tributária incidente sobre medicamentos de uso humano.

Diz que a infração 1 indica que os medicamentos distribuídos gratuitamente aos profissionais prescritores (médicos) não são amostras grátis, nos termos do art. 16, § 2º, incisos I e II, alínea "b", do Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos, além do Convênio ICMS 171/10. Entende que o Auditor cometeu equívoco ao tentar comparar o volume dessas amostras grátis com aquele efetivamente comercializado pelo contribuinte, tendo em vista que não existe qualquer restrição

nesse sentido ou em relação aos produtos novos inseridos, como foi sugerido, quando, de fato, se trata apenas de estratégia desempenhada pelo fabricante. O contribuinte é mero entregador das referidas amostras aos médicos, a pedido do fornecedor, não tendo influência sobre os produtos, nem obtém vantagens nessas operações.

Salienta que todos os medicamentos que comercializa são registrados e autorizados pela ANVISA, que é Regulador máximo do setor e, nessa qualidade, expediu a Resolução RDC nº 60/2009 (fls. 232 a 234), cujo art. 5º estatui que *"as amostras grátis de medicamentos devem conter no mínimo 50% da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas da apresentação registrada na ANVISA e comercializada pela empresa"*, exceto anticoncepcionais, cuja proporção é de 100%, e antibióticos, cuja quantidade deve ser suficiente para o tratamento completo do paciente.

Destaca que o fabricante cumpre fielmente as normas do órgão regulador, tanto em relação às quantidades e demais exigência, como rótulo, bula, destinação e controle da amostra grátis, cabendo ao distribuidor a responsabilidade simples de repassar aos destinatários (médicos indicados pelo industrial). Anexa autorizações para recebimento de amostras grátis relativas aos médicos destinatários. Afirma que é impossível que o fabricante, muito menos o distribuidor, modifique os aspectos das amostras para atender a uma discrepância da legislação estadual, já que esta não pode conter disposições conflitantes com a legislação federal.

Colaciona planilha com alguns exemplares dos anos 2010 e 2011, da autorização a que cada médico está sujeito para ser incluído na relação de destinatários de "amostra grátis", reforçando a afirmação de que a distribuição gratuita desses medicamentos segue rigorosamente os preceitos da ANVISA.

Informa ainda que outros quesitos foram mal elaborados no Auto de Infração, caso dos medicamentos denominados "BIO VAGIN CR VAG X 10 APL - AG" (metronidazol e nistatina), CIPROFAR 500 MG C/6 COM - AG (Ciprofloxacina), CIPROFAR 500 MG C/14 COM - AG (Ciprofloxacina) e "ELOTIN GOTAS 5 ML - AG" (Neomicina e Polimixina B) que, apesar de serem antibióticos (bulas juntadas às fls. 235 a 237), nos termos das Resoluções RDC nº 44/2010, 61/2010 e 20/2011 (cópias anexas), não foram tratados como tais, já que pacífico a isenção de ICMS-ST nas amostras grátis (art. 16, § 2º, I do RICMS-BA/1997).

Relaciona os medicamentos extraídos das tabelas constantes do Auto de Infração (fls. 227/228), inclusive a Nota Fiscal nº 055.894, de 17/06/2011, que, alega, foi cancelada, pedindo que seja constatado no Portal das Notas Fiscais Eletrônicas.

Salienta outro problema. Afirma que os produtos: "FLUCOLTRIX CAP 150 MG CX C/ 01", "FLUCOLTRIX CAP 150 MG CX C/ 02", "SECFAR 450 MG C/ 15 ML -AG", "SECFAR 1000 MG C/ 2 - AG" e "SECNITRAT COM 1000 MG CX C/ 02 - AG", listados na planilha fiscal, exige "dose única", mesmo os que contêm 2 cápsulas e os que se apresentam em ml (mililitros), conforme constam nas respectivas bulas, não podendo ser reduzidos, consequentemente, não poderiam fazer parte do lançamento de ofício. Chama a atenção que os dois primeiros figuram apenas na Nota Fiscal nº 058.023, de 23/04/2010, que foi cancelada, o que pode ser constatado no Portal das Notas Fiscais Eletrônicas. Diz que também a nota fiscal 055895, de 17.06.2011 foi cancelada.

Relata que além de as "amostras grátis" cumprirem os critérios da ANVISA, o cálculo do ICMS-ST foge às regras estabelecidas no art. 1º, § 2º do Decreto nº 11.872/2009, aderido através do Processo nº 222.108/2009-5 (Parecer nº 1.063/2010, de 21/01/2010, fl. 263), que determina o valor mínimo do imposto equivalente à aplicação da alíquota de 3% sobre o PMC dos medicamentos, caso o cálculo tradicional equivalente à aplicação da alíquota de 16% sobre o valor do documento fiscal seja inferior a este, situação essa ocorrida facilmente, já que os documentos fiscais em questão envolvem produtos de simbólico e diminuto valor, quando comparado com seus PMC,s da linha comercial.

Deduz que o cálculo incorreto fez surgir uma diferença de imposto a recolher na infração 3,

relativa às Notas de Bonificação n<sup>os</sup> 061.810 e 064.950, cujo imposto foi apurado e recolhido legalmente. Todavia, reconhece o débito de R\$ 484,02, atinente à Nota Fiscal n<sup>º</sup> 061.810, pois recolheu R\$1.457,91, quando o correto seria R\$1.941,93. Diz que o pagamento da nota fiscal 64950 já foi demonstrado.

Relativamente à infração 2, diz que o argumento é o mesmo, qual seja, de que não foi observado o Decreto n<sup>º</sup> 11.872/2009, “que nesse caso equivale à aplicação da alíquota de 16% sobre o valor da nota fiscal”, resultando no montante de R\$ 5.898,86, pago por meio de GNRE (fl. 272), conforme planilha de fls. 230/231. Requer o cancelamento do Auto de Infração, reconhecendo-se como devido apenas R\$484,02.

Na informação fiscal prestada (fls. 275 a 279), o Auditor contesta assertivas da defesa, aduzindo que as autorizações assinadas por médicos para o recebimento de tais amostras, apresentadas pelo autuado, considerando que são meramente proformas, pois não existe, de fato, controle do fluxo de amostras distribuídas, mas apenas um documento genérico, possibilitando a operação.

Informa que procurou a ANVISA e que lhe foi dito não haver garantia ou acompanhamento efetivo da produção e da distribuição, tampouco certeza de que o que é entregue ao profissional da saúde é efetivamente amostra grátis. Diz que todo controle que existe é apenas através de um documento que prevê o fornecimento de amostras grátis e o consentimento médico como aceitação.

Diz que é inviável o acompanhamento das cargas de amostras grátis; que o Estado não pode ficar à mercê dos contribuintes e assim o Convênio ICMS 171/2010, de 10/12/2010 vem em socorro do Fisco, orientando na separação do que seja amostra grátis e produto comercial, sem a necessidade da abertura de cada carga, estabelecendo o volume de apresentação do medicamento com essa finalidade (fl. 78).

Descreve um histórico da legislação em relação aos produtos em amostra grátis. Pontua que o Convênio veio preencher uma lacuna. Antes dele vigia a regra genérica que as amostra grátis deveriam ter volume inferior, salvo exceções, ao produto comercial.

Diz que a partir de 01.05.2010 e até 28.02.2011 prevaleceu a regra geral (art. 16, § 2º do RICMS/1997), estabelecendo que o conteúdo da amostra grátis deveria ser de 50% do original registrado na ANVISA; observadas as exceções. O Decreto n<sup>º</sup> 13.165/11, vigência a partir de 01/10/2011 (Alteração n<sup>º</sup> 147), passa a seguir a regra da ANVISA, rejeitando o Convênio ICMS 171/2010, que deveria regular as operações de ICMS. Sublinha que em tal período (denominou “*período de trevas*”) não reclamou crédito tributário sobre as amostras grátis.

Aduz que o Decreto n<sup>º</sup> 13.780/12 expurgou tal incoerência (art. 265, XXI, “e” do RICMS-BA/2012), que retomou a regra do volume máximo de 50%.

Quanto à suposta antinomia entre as normas da ANVISA e a legislação do ICMS, diz que, primeiramente, seria uma agressão constitucional subordinar a competência de um ente a outro;

Explica que a RDC60 que regulamenta o assunto (fls. 85/91) deixa claro que outras regulamentações devem ser respeitadas; nesse caso, entende que a empresa deveria harmonizar as regras igualmente válidas. Consigna, se a ANVISA estabelece um valor mínimo de 50%, por razões de saúde pública, diversas das tributárias, que exige um máximo de 50%, as duas regras devem compatibilizadas, produzindo amostras de 50% sem ferir uma ou outra ordem legal.

Observou a resposta contida na fl. 90, que a ANVISA dá o mesmo tratamento geral às amostras de antibacterianos, obrigando apenas a entrega para o tratamento completo do paciente. Conclui que, exceto anticoncepcional, todos os medicamentos devem seguir a regra de 50%, inclusive antibiótico. Isso elimina a discussão sobre BIO VAGIN, CIPROFAR e ELOTIN. Afirma que o princípio ativo do CIPROFAR (cloridrato de ciprofloxacina) não está listado na relação, mas apenas o ciprofloxacina, uma combinação diferente.

Diz que o ELOTIN, conforme tabela da ABCFARMA, é o oxaliplatina, que também não consta da

relação de fls. 83, antibacterianos, diferentes de Neomicina e Polimixina, que a defesa defende seja o princípio ativo deste medicamento.

Sobre os medicamentos FLUCOLTRIX, SECFAR e SECNITRAT, que exigem dose única, não havendo como compatibilizar a regra de 50%, diz que não existe esse regra legal. Reitera que se o conteúdo normal fosse 2 cápsulas, a amostra deveria ser 1 cápsula; se apresentado em mililitro, caberia igual redução. Reitera que nada tem que alterar no seu demonstrativo.

Concorda com a exclusão das Notas Fiscais nºs 55.894 e 58.023, reduzindo a infração 1 para R\$280.654,04.

Com relação à reclamação defensiva de que os cálculos não obedecem o Decreto nº 11.872/09, assinala que o seu art. 1º, § 1º prevê para a base de cálculo da antecipação do imposto sobre medicamentos deve ser reduzida em 28,53%, de forma que a carga tributária seja de 12,15%. Explica que esta é a tributação definida no Decreto, facultado ao contribuinte, desde que o faça corretamente, calcular de acordo com o § 2º do art. 1º, o que não ocorrendo impõe o formato do § 1, já definido acima.

Com relação à infração 2, reconhece que a respectiva nota fiscal foi paga pelo remetente através de GNRE e não procede a exigência.

Sublinha que o contribuinte não impugna à infração 3, relativamente aos recebimentos em bonificação. Contesta a aplicação da carga de 12,15% sobre o PMC, reduzindo o débito para R\$484,02. Observa que o valor atribuído aos medicamentos remetidos em bonificação tem valor quase simbólico, e que a tributação deveria, como opção, recair sobre os 3% sobre a base de cálculo formada pelo PMC, como se ver no demonstrativo (fl. 22), o valor mínimo, aplicados os 16% sobre o valor de entrada – seria R\$ 659,54.

Diz que a argumentação defensiva é vazia, considerando que a forma de tributação correta é a aplicação da alíquota prevista no § 1º, enquanto o § 2º do Decreto nº 11.872/2009 contempla uma faculdade que poderia ou não ser exercida pelo contribuinte.

Anexa aos autos, novos demonstrativos (fls. 280/286).

Conclusos, os autos foram incluídos em pauta de julgamento; convertido em diligência (fl.292). Pede-se ao autuante que junte ao processo "documentos que comprovem o conteúdo da apresentação original registrada na ANVISA dos documentos relacionados no demonstrativo da infração 1 (fls. 10 a 15). Com base nesses documentos, acrescer ao referido demonstrativo coluna com a informação do conteúdo (quantidade) da apresentação original, para fins de comparação".

O Auditor fiscal deve apresentar nova Informação Fiscal e a repartição de origem, "intimar o contribuinte do resultado da diligência, com entrega de cópias de todos os papéis de trabalho, mediante recibo a ser anexado ao PAF, com a abertura de prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, se manifeste

Informa o Auditor Fiscal que cumpriu a diligência (fls. 298/299), acrescentando outra coluna no demonstrativo da infração 1. Explica que, além da coluna solicitada, incluiu outra com o nome comercial dos produtos, de acordo com a sua descrição nas notas fiscais de aquisição, originadas dos laboratórios.

Observa que embora haja diferenças nas denominações, fica claro os aspectos essenciais: a apresentação de ambos os produtos e que se trata do mesmo volume, o que contraria a legislação tributária, que exige essa distinção.

Em outras palavras, explica a dúvida da diligência: os medicamentos qualificados como amostras grátis têm o mesmo volume, quantidade ou apresentação daqueles comercializados, o que, apesar de até incentivado pela ANVISA está em desacordo com a legislação tributária. Se houve equívoco por parte do laboratório, na produção das amostras, não há como elucidar tais fatos. Diz que resta a prova documental, vedada pela legislação (documento emitido pelo laboratório e

registrado na ANVISA;

Diz que não há qualquer conflito na legislação, mas apenas expressão de interesses diversos por parte dos órgãos de controle técnico e o fazendário. Enquanto este visa um volume que diferencie o produto comercial do gratuito, impondo um conteúdo máximo, a agência reguladora de medicamentos visa, contrário senso, impor um valor mínimo com diferente motivação.

Afirma que cabe ao contribuinte conciliar ambas as legislações; e que como Agente do Fisco não poderia agir como se da saúde fosse, orientado apenas pela agência reguladora.

Esclarece que a dificuldade de acesso aos dados relativos aos registros dos medicamentos na ANVISA, ensejou a solicitação ao distribuidor, que providenciou de todos que ainda estão no mercado, sendo aqueles, sob a qualificação descontinuada, serem medicamentos já fora da linha de produção dos laboratórios. Por outro lado, foi acrescentada uma nova coluna, não solicitada, mas que demonstra ser exatamente à mesma a apresentação dos medicamentos comercializados com os das amostras.

Junta novo demonstrativo (fls. 300/307), conforme solicitação da diligência; consulta de Produtos (fls. 310/338), detalhando alguns dos produtos autuados; recibos de intimação e dos arquivos eletrônico (fls. 339 a 341).

Intimado para conhecer do resultado da diligência, o autuado não apresentou nova manifestação (fl. 341).

## VOTO

Cumpre o Processo Administrativo Fiscal - PAF da constituição do crédito tributário concernente às infrações descritas e relatadas, na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação a seguir:

As três exigências recaem na falta de recolhimento ou o recolhimento a menos de ICMS devido por substituição tributária (ICM - ST) sobre as aquisições de medicamentos para uso humano.

Examinando as peças processuais da acusação, da defesa, da informação e diligência fiscal, bem como da análise dos demonstrativos de fls. 08 a 77, observo que o item 1 do Auto de Infração diz respeito ao ICMS-ST incidente sobre as operações com amostras grátis de medicamentos de uso humano. O levantamento fiscal relativo à infração 1, de fls. 10 a 15, denomina-se “*AMOSTRAS GRÁTIS COM VOLUMES INCOMPATÍVEIS COM A ISENÇÃO PREVISTA NO CONVÊNIO 171/2010 E LEGISLAÇÃO INTERNA*”.

Observe-se, às fls. 23/24, que o auditor – entre outros, tomou como fundamento de fato, as médias de entradas para comercialização e para amostras grátis nos exercícios de 2011 e 2012.

À fl. 07, intimou o sujeito passivo a apresentar, no prazo de 10 dias, “*comprovação de entrega das amostras grátis ao prescritor dos produtos abaixo discriminados, cuja prescrição e por inferência a apresentação são equivalentes em peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas daqueles por ela comercializados e que não correspondem a antibióticos e anticoncepcionais, conformando-se ao benefício da isenção do Convênio ICMS 171/2010 e ao artigo 16, § 1º do Decreto nº 6.284/97 e a partir de 01/02/2011, art. 16, § 2º, inciso II, alínea “b”, parágrafo acrescentado pelo Decreto nº 12.551*”. Nos termos que expôs no primeiro parágrafo (terceira linha) da informação de fl. 277, o autuante argumenta que o volume máximo de apresentação das amostras de medicamentos para uso humano deve ser de 50%.

O período fiscalizado foi de janeiro de 2010 a setembro de 2011.

Até 01/05/2010, não existia dispositivo específico no RICMS-BA/1997 a respeito do que se devia considerar amostra grátis relativamente a tais produtos (medicamentos de uso humano), ou de que características ou propriedades quantitativas deveriam se revestir para serem considerados como tal.

O § 1º do art. 16 do RICMS-BA/1997 é concernente às amostras grátis como um todo, referindo-se aos itens da indústria farmacêutica apenas no inciso V, tão somente com a exigência de que sejam entregues a médicos, dentistas e hospitais, referentemente aos de uso humano.

Desde 01/05/2010 até 28/02/2011, a regra do art. 16, § 2º – introduzido naquela data, dispunha que amostra grátis era a que contivesse 50% do conteúdo da apresentação original registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, com exceção dos antibióticos, que deveriam ter a quantidade suficiente para o tratamento de um paciente, e dos anticoncepcionais e medicamentos de uso contínuo, para os quais se exigia a quantidade de 100% do conteúdo da apresentação original registrada na ANVISA.

A redação posterior do § 2º do art. 16 foi dada pela Alteração nº 143 (Decreto nº 12.551, de 20/01/2011, publicado no Diário Oficial do Estado de 21/01/2011), com efeitos de 01/03/2011 até 30/09/2011, estatuindo-se a expressão, ainda sem menção a mínimos ou máximos, de “50% (cinquenta por cento) da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas”.

Observe-se que até então não se fez referência a percentual mínimo ou máximo. Contrariamente ao entendimento do agente fiscalizador, quando isso ocorreu, as quantidades, volumes ou unidades exigidas foram mínimas. Por isso, o auditor usa a expressão “*período de trevas*” à fl. 276, pois nele “*não é [foi] reclamado o crédito sobre as operações indevidas com amostras grátis*”.

Com a Alteração nº 147, a partir de 01/10/2011 até a entrada em vigor do Regulamento de 2012, foi introduzida a seguinte redação: “*no mínimo, 50% da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas*” (período não alcançado pela fiscalização).

O autuante, à fl. 276, qualifica de equivocados os textos regulamentares vigentes quando das ocorrências, visto que, na sua concepção, contrariam as normas do Convênio ICMS 171/2010. Vejo que não lhe assiste razão, de acordo com a transcrição que segue.

*Convênio ICMS 171/2010. Cláusula primeira. O parágrafo único da cláusula primeira do Convênio ICMS 29/90, de 13 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: Parágrafo único. Na hipótese de saída de medicamento, somente será considerada amostra gratuita a que contiver: I - quantidade suficiente para o tratamento de um paciente, tratando-se de antibióticos; II - 100% (cem por cento) da quantidade de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas da apresentação registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e comercializada pela empresa, tratando-se de anticoncepcionais; III - 50% (cinquenta por cento) da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas da apresentação registrada na ANVISA e comercializada pela empresa, nos demais casos; IV - na embalagem, as expressões "AMOSTRA GRÁTIS" e "VENDA PROIBIDA" de forma clara e não removível; V - o número de registro com treze dígitos correspondentes à embalagem original, registrada e comercializada, da qual se fez a amostra; VI - no rótulo e no envoltório, as demais indicações de caráter geral ou especial exigidas ou estabelecidas pelo órgão competente do Ministério da Saúde.*

Já o art. 265, XXI, “e”, item 2.2 do RICMS-BA/2012 – mencionado à fl. 277 pela autoridade fiscalizadora, não tem eficácia no período auditado. Muito embora tal dispositivo efetivamente se refira ao percentual máximo de 50%, não pode retroagir para alcançar fatos geradores ocorridos antes de sua vigência.

Verifico a complexidade do tema em discussão. Considerando, contudo, o interesse público na constituição do crédito tributário, em face a verdade material, princípio caro ao direito tributário, em nome do qual os autos foram convertido em diligência, na expectativa de esclarecer os pontos controversos, não se pode considerar materializada tal exigência. Ademais, a própria Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 60 - RDC60, de 26.11.09, que trata da produção e distribuição de amostras grátis de medicamentos, regulamenta que a existência de outras regulamentações em vigor, inclusive de ordem tributária, sobre o assunto, tanto o mencionado diploma quanto as demais normas devem ser seguidas pelas empresas produtoras de amostras grátis de medicamentos.

Diante do exposto, portanto, entendo que não restou caracterizada a exigência do ICMS-ST, sustentada no levantamento “AMOSTRAS GRÁTIS COM VOLUMES INCOMPATÍVEIS COM A ISENÇÃO PREVISTA NO CONVÊNIO 171/2010 E LEGISLAÇÃO INTERNA”, e que julgo improcedente a infração 1.

Quanto à infração 2 (demonstrativo às fls. 17/18), o autuado apresentou planilha às fls. 230/231. O ICMS a recolher em tal situação, como determina o § 2º do art. 1º do Decreto nº 11.872/2009 é de 16% sobre o valor de aquisição, incluídos IPI, frete e demais despesas.

A Fiscalização deveria ter tomado a penúltima coluna do levantamento de fl. 18 para calcular o montante devido (16% sobre o valor de aquisição, incluídos IPI, frete e demais despesas). Ao tomar a última (carga tributária reduzida para 12,5%), por não saber que o recolhimento já havia sido efetuado (com a opção do § 2º do art. 1º do Decreto nº 11.872/2009), majorou a quantia. Observe-se que os valores da penúltima coluna de fl. 18 equivalem aos da última de fls. 230/231.

Apresentado comprovante de recolhimento à fl. 272 (com a opção do § 2º do art. 1º do Decreto 11.872/2009), o auditor reconheceu, na informação fiscal, que a acusação não procede.

Infração 2 também descaracterizada.

*Decreto 11.872/2009.*

*Art. 1º - 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. Ver tópico (2 documentos)*

*§ 1º - O detentor do regime especial de tributação previsto no caput reduzirá a base de cálculo da antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes em 28,53% (vinte e oito inteiros e cinquenta 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 Ver tópico (1 documento)*

*§ 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997. Ver tópico*

*§ 2º - 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.*

No tocante à infração 3, verifico, no demonstrativo de fls. 21/22, que o autuante deduziu do ICMS-ST lançado – concernente à Nota Fiscal nº 061.810, a cifra de R\$ 1.457,91, que o sujeito passivo, à fl. 230, informou ter recolhido. O impugnante reconheceu inclusive que tal quantia é menor do que a que tem obrigação de pagar (R\$ 1.941,93), indicando assim um débito frente ao Estado de R\$ 484,02. O imposto reconhecido é menor do que o exigido porque o fiscalizado entende que o ICMS-ST deve ser lançado sob a fração de 3% do valor do PMC, uma vez que o percentual de 16% do § 2º do art. 1º do Decreto nº 11.872/2009 corresponde a um valor menor, enquanto o auditor exige o gravame com fundamento no § 1º.

Tem razão o autuado. Por exemplo, o valor total da Nota nº 069.450, em relação à qual não houve dedução de imposto pago no levantamento da auditoria, é R\$ 4.192,60 (fl. 266) e 16% disso corresponde a R\$ 670,81, quantia inferior à que comprovou ter recolhido na planilha de fl. 230 (R\$ 1.778,19; 3% do PMC) e na GNRE de fl. 268, que menciona tal documento fiscal no campo destinado às informações complementares.

Idêntica é a situação da Nota Fiscal nº 061.810, no montante de R\$ 4.769,70, 16% de R\$ 4.769,70 equivale a uma cifra menor do que R\$ 1.941,93, reconhecida como devida à fl. 230.

Por conseguinte, remanesce na imputação o ICMS-ST de R\$ 484,02, relativo à Nota Fiscal nº 061.810 e à data de ocorrência de 31/10/2010. Infração 3 parcialmente elidida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 484,02.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269278.0007/15-9, lavrado contra **MA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. (STAR MÉDIA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$484,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR