

A. I. Nº - 206960.0030/02-2  
AUTUADO - MEDYCAMENTHA PRODUTOS ONCOLÓGICOS E HOSPITALARES LTDA.  
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE  
ORIGEM - INFAC SIMÕES FILHO  
INTERNET - 14/12/05

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº.A-0182-05/05**

**EMENTA: ICMS.** 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Efetuadas correções no levantamento. Infração parcialmente caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. RESSARCIMENTO EFETUADO A MAIS. MEDICAMENTOS. Refeito o cálculo do imposto devido. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/01/03, exige ICMS, no valor total de R\$746.862,67, acrescido das multas de 60% e 70%, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no montante de R\$73.894,00, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado.
2. Ressarcimento efetuado a mais (crédito fiscal a mais), no valor de R\$672.968,67, relativo às operações de vendas de medicamentos a hospitais, clínicas, sanatórios, laboratórios de análise, ambulatórios, pronto-socorros, manicômios, casas de saúde e congêneres, tanto públicos como particulares, bem como a órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, conforme planilhas apresentadas pela empresa e anexadas ao PAF. O contribuinte opera com Regime Especial Parecer GETRI nº 1.519/97, que concede prazos de recolhimento de antecipação tributária, dos quais são abatidos valores requeridos como ressarcimento.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 1680 a 1686) e, preliminarmente, suscitou a nulidade da infração 2, com fulcro no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99, alegando que foi cerceado o seu direito de defesa, uma vez que o lançamento não possui elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o valor do débito. Diz que os autuantes não esclareceram quais as motivações do citado “ressarcimento a maior”, ensejando insegurança na

caracterização da infração e na quantificação dos valores. Transcreve ementas de decisões deste CONSEF para embasar sua alegação.

Ao adentrar no mérito da lide, o defendante diz que, na infração 1, os auditores fiscais cometem diversos erros, tais como: divergências de valores entre as planilhas sintéticas e analíticas, inclusão de produtos inexistentes e falta de consideração de diversas notas fiscais. Às fls. 1689 a 1691 e 1741, apresentou listagens contendo os erros citados e cópias das notas fiscais correspondentes. Assevera que, após essas correções, o débito exigido na infração em tela passa a ser de R\$2.623,05. Às fls. 1687 e 1688, anexa dois DAE's, referentes a esse débito reconhecido.

Quanto à infração 2, o autuado alega que não constam nos autos os levantamentos analíticos do mês de janeiro de 1998. Diz que os preços referentes ao exercício de 1998 não têm bases documentais, pois o fisco não possuía os dados de 1997. Assegura que a maior parte da diferença encontrada pelos autuantes teve origem na exclusão de inúmeros documentos fiscais, os quais foram emitidos regularmente, preenchiam os requisitos legais e constavam nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado. Afirma que identificou as notas fiscais não consideradas e refez a apuração computando esses documentos, tudo conforme demonstrativos anexos. Diz que os demonstrativos se reportam apenas a 1998, porém apresentará os referentes a 1999.

Explica a composição das planilhas apresentadas e diz que juntou ao processo um arquivo eletrônico de todo o seu trabalho (fl. 1781) e as planilhas referentes ao ressarcimento da primeira quinzena de fevereiro de 1998 (fls. 1762 a 1776), para facilitar qualquer revisão e para que o julgador entenda a metodologia adotada. Ressalta que apresenta a demonstração, em separado, das notas fiscais que foram totalmente excluídas da auditoria, das notas que foram excluídas parcialmente e dos produtos cujo ressarcimento foi calculado a menos pela fiscalização. Com base nessa documentação, solicita revisão por fiscal estranho ao feito.

Em relação ao cálculo a menos dos valores a serem resarcidos, diz que os autuantes não tomaram, como base, as tabelas de preços da ABCFARMA. Explica que, para fins de ressarcimento, a base de cálculo é a prevista na clausula segunda do Convênio ICMS 76/94, correspondendo ao preço constante da tabela sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor, somente sendo utilizado o preço máximo de venda na falta do primeiro. Como existe a Tabela da ABCFARMA, não havia razão para se utilizar outro valor. Aduz que o CONSEF entende que os valores estabelecidos na tabela de preços editados pelo fabricante correspondem aos preços máximos de venda, conforme o Acórdão CS nº 1734/00 (fls. 1777 a 1782).

Solicita que lhe seja reaberto o prazo de defesa, caso algum esclarecimento acerca da fundamentação da autuação venha a ser aduzido na informação fiscal. Para embasar seu pedido, transcreve a ementa do Acórdão CJF nº 2008/00, da 2ª Câmara. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, pede a realização de perícia ou revisão fiscal e, em seguida, requer a nulidade da infração 2, ou a improcedência das parcelas impugnadas.

Na informação fiscal, fls. 1794 a 1800, os autuantes ressaltam, referindo-se à infração 1, que a defesa só contestou o levantamento quantitativo de 1998 e, portanto, solicitam que seja lavrado termo de revelia para a parte do débito referente a 1999.

Quanto ao exercício de 1998, alegam que os arquivos magnéticos apresentados pelo autuado não contêm diversas notas fiscais de entradas citadas pela defesa e, como prova, anexam, às fls. 1808 a 1820, extratos do SINTEGRA. Os autuantes afirmam que “precisaríamos para aceitar a retirada destas notas da omissão de entradas, rever todos os arquivos magnéticos e consequentemente todos os roteiros fiscalizados, pois o que poderíamos eliminar na omissão de entrada, poderia passar a ser omissão de saída (a depender de quantas mais notas irão aparecer), além de seu reflexo imediato no cálculo da antecipação.”

Relativamente à infração 2, os auditores fiscais salientam que o autuado não apresentou a memória de cálculo, nota a nota, produto a produto, de como chegou aos valores dos resarcimentos apurados, como exige a cláusula 2.1.1 do Regime Especial que lhe foi concedido. Em seguida, explicam como calcularam, com a utilização do Sistema Oficial de Auditoria da SEFAZ (SAS), o imposto exigido na infração em tela:

- a) Marcaram as atividades contempladas no Regime Especial (hospitais, clínicas, sanatórios, etc) para que o sistema incluísse todas as notas de saídas no cálculo do resarcimento.
- b) Como nos arquivos magnéticos não constam os códigos de atividade das empresas, vincularam os clientes do autuado com a tabela “SAS-CONTRIBUINTES”. Dizem que houve uma falha no procedimento adotado e na concepção do sistema, pois existem vários hospitais, clínicas, etc, sem inscrição no Estado da Bahia. Asseveram que essa falha foi corrigida.
- c) Dizem que considerando a inexistência de arquivos magnéticos de 1997, que a base de cálculo da substituição tributária é o preço máximo de venda ao consumidor (PMVC) publicada pela ABCFARMA e constante no SAS; tomaram por base o PMVC de 31/12/97, beneficiando o autuado. Dizem que quando não existia PMVC, utilizaram o valor da última compra dividido por 0,7, conforme determina a Portaria 27/92 do Ministério da Fazenda.
- d) Após determinar o resarcimento com base no SAS, compararam-no com o utilizado pelo autuado e exigiram a diferença que foi utilizada a mais pelo contribuinte.

Os autuantes explicam que a falha citada na alínea “b” acima foi corrigida da seguinte forma: foi gerada uma relação com todas as notas fiscais de saídas com destinatários na Bahia e, em seguida, pesquisaram no SINTEGRA, um a um, e incluíram esses destinatários no cálculo do resarcimento. Às fls. 1709 a 2006, anexaram aos autos os extratos do SINTEGRA.

Asseveram que após as retificações feitas quanto da informação fiscal, o débito tributário da infração 2 passou de R\$310.746,03 (em 1998) para R\$203.859,44 e de R\$362.213,54 (em 1999) para R\$236.548,91, tudo conforme tabelas sintéticas à fl. 1799. Dizem que com essa correção foi atendido o pleito defensivo pertinente às exclusões totais de notas fiscais.

Quanto às “Exclusões Parciais de Notas Fiscais” e a “Utilização Indevida de Base de Cálculo pelo Fisco”, dizem que a alegação defensiva não procede, pois eles utilizaram o PMVC publicado pela ABCFARMA e constante no SAS, o que, em alguns casos, terminou beneficiando o autuado. Explicam que, quando uma venda é efetuada com preço superior à base de cálculo da substituição tributária, para aquele produto não há resarcimento. Às fls. 2008 a 2462, apresentaram demonstrativos do cálculo correto do resarcimento a que o autuado faz jus.

Ao encerrar a informação fiscal, os autuantes solicitam que a infração 1 seja julgada procedente e que a infração 2, parcialmente procedente.

Em 13/03/03, o autuado protocolou o requerimento de fl. 2464, onde requer a juntada de demonstrativos, documentos e arquivos magnéticos ao processo. À fl. 2369, foi juntado ao processo um envelope contendo um “CD” e, de acordo com o Termo de Juntada de fl. 2468, encontram-se na IFEP (Inspetoria de Fiscalização de Empresas de Grande Porte), na Carteira de Cobrança, cinco caixas contendo notas fiscais apresentadas pelo autuado e protocoladas sob o número 046737/2203-8.

Às fls. 2470 a 2474, o autuado se pronunciou nos autos sobre o resultado da informação fiscal e, preliminarmente, suscitou a nulidade da intimação, alegando que o ato deve ser repetido, com a reabertura do prazo de defesa, pois foram apresentados novos demonstrativos e o prazo de 10 dias é insuficiente para a apreciação dos documentos acostados aos autos (915 folhas). Afirma que, apesar do curto espaço de tempo que teve, constatou que a autuação contém equívocos que

justificam a realização de uma revisão do lançamento e, portanto, pede que a reabertura do prazo de defesa seja efetuada após a citada revisão.

Quanto à infração 1, o autuado diz que as alegações dos autuantes na informação fiscal deixam claro que o trabalho realizado é inseguro e que a revisão é o único meio de dirimir as dúvidas. Reafirma que não ficou evidenciada a ausência de registros no SINTEGRA, porém, mesmo que ficasse, tal fato não seria suficiente para comprovar a ocorrência de omissão de fatos geradores, devendo os documentos fiscais apresentados ser considerados na auditoria mediante revisão. Alega que os próprios autuantes reconheceram, na informação fiscal, a necessidade de revisão, além do que o Estado não pode se satisfazer em conhecer apenas a ponta do “iceberg”, uma vez que é questão de interesse público.

Em relação à infração 2, o autuado, inicialmente, contesta a alegação dos autuantes de que “a empresa não apresentou a memória de cálculo nota a nota, produto a produto de como chegou ao ressarcimento”. Afirma que os elementos probantes seguiram com a defesa e foram elaborados dentro da mesma sistemática utilizada pelos autuantes.

Apresenta o autuado um arquivo magnético (fl. 2482), a fim de que, mediante comparação com o anterior, seja constatado que não houve omissão de dados em relação ao SINTEGRA. Ressalta que anexou aos autos milhares de cópias de notas fiscais para comprovar a exclusão, por parte do fisco, de documentos fiscais do cálculo do ressarcimento. Após frisar que os autuantes admitiram falhas no procedimento fiscal “e na própria concepção do sistema”, o autuado impugna os novos demonstrativos dos autuantes, argumentando que não atendem à verdade material dos fatos.

Assevera que a metodologia adotada pelos autuantes no cálculo dos preços lhe trouxe prejuízo, pois, com a data considerada (31/12/97), a base de cálculo do ressarcimento ficou prejudicada. Diz que esse ponto deve ser esclarecido pela revisão. Frisa que as ponderações sobre o fator base de cálculo, às fls. 6 e 7 da informação fiscal, não compunham o fulcro da autuação, o que gera insegurança na determinação da infração e prejudica o direito de defesa.

O autuado ressalta que “cuidou de excluir as pessoas físicas do ressarcimento, o mesmo ocorrendo em relação às saídas interestaduais, a exceção daquelas equiparadas, por força de lei, a operação interna. No particular, muito embora a acusação não se reporte à questão abordada, o que impede, pois se assim o fizesse o julgador estaria agindo ‘extra petita’, a desconsideração das saídas equiparadas a operações internas, a Autuada não excluiu as vendas para não contribuintes situados em Sergipe e Minas Gerais, posto que são as mesmas oneradas pela alíquota de 17%, a exemplo das operações internas, pelo que ficam equiparadas.” Mais adiante, diz que a não consideração das saídas interestaduais para consumidores finais torna inócuo o regime de ressarcimento. Aduz que a Constituição Federal veda a diferenciação de tributação em função da procedência ou destino da mercadoria. Transcreve artigos da Constituição Federal.

Sugere que a revisão separe todas as operações realizadas com destino a não contribuintes situados em outros Estados e tributadas com a alíquota de 17%, apresentando o cálculo correspondente em separado.

Nega que tenha confessado o débito referente a 1999 e diz que os elementos probantes foram apresentados em 13/03/03, conforme protocolo SIPRO 046737/2003-8, apresentados separados e organizados por exercícios, meses, quinzenas, operação e produtos. Ao final, solicita a nulidade ou a improcedência dos itens contestados.

O processo foi convertido em diligência para que a INFRAZ Simões Filho acostasse aos autos os documentos apresentados pela defesa e que estavam na Carteira de Cobrança daquela Inspetoria. Às fls. 2492 a 17254, os referidos documentos fiscais foram acostados aos autos. A 4ª JJF decidiu, novamente, converter o processo em diligência à INFRAZ Simões Filho, para que fosse reaberto o

prazo de defesa em trinta dias e, em seguida, convidados os autuantes a prestarem nova informação fiscal. A solicitação foi atendida conforme fls. 17436 e 17437.

Nessa nova oportunidade, o autuado apresentou a defesa de fls. 17439 a 17444 e, inicialmente, reiterou todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos e, em seguida, afirmou que ainda não sabe, com segurança, quais as motivações, os fundamentos e as ocorrências que ensejariam a ausência de recolhimento de ICMS, especialmente, em face de utilização de “ressarcimentos a maior que do que o de direito”. Salienta que os autuantes, ao reduzirem o valor da exigência fiscal, atestaram a existência de erros na auditoria fiscal.

Do último parágrafo da fl. 17439 até o antepenúltimo parágrafo da fl. 17442, o autuado passa a repetir argumentos defensivos, referentes às infrações 1 e 2, expedidos anteriormente e já consignados neste relatório.

Prosseguindo em sua defesa e tratando da infração 2, o autuado alega que obteve, da SEFAZ, o pronunciamento anexado à fl. 17446, o qual afirma que o § 6º do art. 359, do RICMS/97, não faz distinção entre as vendas realizadas por estabelecimento atacadista ou distribuidor com destino a hospitais, clínicas, ambulatórios, pronto-socorros, casas de saúde e congêneres, localizados nesta ou em outra unidade da Federação, sinalizando com a possibilidade de se aditar o regime especial da empresa.

Salienta que se a legislação estadual não veda a aplicação do regime às vendas interestaduais e se as mesmas atendem as demais condições, é evidente que as vendas interestaduais não podem ser excluídas do ressarcimento. Diz que o aditivo ao regime serviria apenas como reconhecimento de uma situação já expressa em lei e, uma vez aditado, a aplicação seria retro-operante.

Alega que muitas operações, para contribuintes inscritos no CNPJ, eram destinadas a hospitais, clínicas, sanatórios, laboratórios, ambulatórios, pronto-socorros, manicômios, casas de saúde e congêneres, sendo excluídas total ou parcialmente do cálculo do ressarcimento sem justificativa. Aduz que a inexistência, na SEFAZ, de controle dos estabelecimentos do gênero, por atividade fim, deve ter atrapalhado os autuantes na apuração dos ressarcimentos. Explica que muitos estabelecimentos do seguimento de saúde utilizam denominações que não indicam claramente as suas atividades, o fazendo apenas quando utilizam o nome de fantasia, como por exemplo: “Real Sociedade de Beneficência Espanhola” e “Liga Baiana Contra o Câncer”, cujos nomes de fantasia são, respectivamente, “Hospital Espanhol” e “Hospital Aristides Maltez”.

Quanto ao “fator base de cálculo”, afirma que, se houver divergência na antecipação, haverá reflexo no ressarcimento. Alega que, caso a antecipação seja realizada sobre uma base de cálculo menor, o mesmo ocorrerá em relação ao ressarcimento, o que demonstra que não existirá repercussão econômica negativa para o Estado.

O autuado, em adendo aos documentos já acostados ao processo por ele, anexou aos autos (fls. 17445 a 17924), em meios magnéticos e impressos, novos demonstrativos de notas fiscais que foram excluídas total ou parcialmente do cálculo do ressarcimento. Diz que esses documentos e arquivos magnéticos, assim como outros já anexados ao processo, visam corroborar a solicitação de completa revisão da ação fiscal.

Ao encerrar a sua peça defensiva, o autuado protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela revisão fiscal, e, em seguida, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, com a condenação restrita ao valor já recolhido.

Em nova informação fiscal, fls. 17929 a 17931, os autuantes, após explicarem as infrações e as alegações defensivas, concluem afirmando que o contribuinte jamais alcançará a sua pretensão. Silenciaram a respeito dos documentos fiscais e dos demonstrativos apresentados pelo autuado às fls. 2492 a 17254.

O processo foi submetido à pauta suplementar, e a 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal decidiu convertê-lo em diligência à ASTEC para que auditor fiscal estranho ao feito atendesse às solicitações de fls. 17935 e 17936, ou seja:

Infração 1:

1-Verificasse se as notas fiscais relacionadas nos documentos intitulados “Estoque Anual – Omissão de Entrada” (fls. 1689 a 1691) e “Estoque Anual – Omissão de Entrada” (fl. 1741), deixaram de ser incluídas nos levantamentos quantitativos efetuados pelos autuantes ou se foram consideradas de forma equivocada. Caso positivo, que fossem elaborados novos demonstrativos dos levantamentos quantitativos com as devidas correções. Foi também solicitado que fossem incluídas nos levantamentos todas as notas fiscais idôneas que tenham sido escrituradas nos livros fiscais e que, por algum motivo, não constavam nos arquivos magnéticos apresentados aos autuantes.

2-Elaborasse demonstrativo de débito com o valor remanescente da infração.

Infração 2:

3-Que fossem confrontados os valores dos resarcimentos retificados pelos autuantes na informação fiscal (fls 2008 a 2462) com o demonstrativo das notas fiscais que foram excluídas total ou parcialmente do cálculo dos resarcimentos (fls. 4913 ou 5006 a 17254 ou 17430). Foi salientado que ao cotejar os dois referidos demonstrativos, constatou-se a existência de notas fiscais de saídas não incluídas e outras consideradas erroneamente na auditoria fiscal retificada, como, por exemplo, notas fiscais nºs 15649, 15698, 15717 (não consideradas) notas fiscais números 15683, 15722, 15752, 15764 (diferença nos valores dos resarcimentos). Também foi informado que para facilitar os trabalhos diligencias, às fls. 17445 a 17924, o autuado anexou ao processo demonstrativos (em meios magnéticos e impressos) das notas fiscais que, segundo ele, foram excluídas total ou parcialmente do cálculo do resarcimento.

4-Na hipótese de, do item anterior, ficar comprovado que havia notas fiscais idôneas e escriturada nos livros fiscais sem que tenham sido consideradas, total ou parcialmente, pelos autuantes, solicitou-se que fosse elaborado novo demonstrativo com os valores remanescentes do débito tributário (ressarcimento efetuado a mais).

5-Para determinar a base de cálculo utilizada na antecipação tributárias das aquisições, foi solicitado que, na inexistência de dados referentes a 1997, fosse utilizado o preço máximo de venda ao consumidor (PMVC) em 31/12/97, como fizerem os autuantes. Na hipótese de haver antes de 31/12/97, outro PMVC ou preço constante na tabela ABCFARMA mais benéfico ao contribuinte que fosse este preço o utilizado como base de cálculo.

6-Elaborasse um novo demonstrativo de débito para a infração em tela com os valores remanescentes.

7-Considerando que os autuantes, nos seus demonstrativos alocaram no mês de janeiro de 1998 os débitos tributários referentes ao mês de fevereiro do mesmo ano e assim sucessivamente, foi ainda solicitado que fosse esse erro corrigido no Demonstrativo de Débito citado no item anterior.

Atendendo a solicitação supra, o fiscal diligente em Parecer ASTEC nº 0078/04, às fls. 17938 a 17941, prestou as seguintes informações:

Infração 1:

*As notas fiscais relativas ao exercício de 1998 constantes às fls. 17950 a 17979, não foram incluídas no levantamento do autuante e estão identificadas, com os respectivos quantidades e indicação do registro nos livros fiscais (cópias às fls. 17980 a 17983), através da tabela às fls.*

17942 a 17949 dos autos, resultando na modificação do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias constantes às fls. 17942 a 17945 dos autos que consolida todo o levantamento com as correções indicadas.

As notas fiscais relativas ao exercício de 1999 constantes às fls. 17989 a 17998, não foram incluídas no levantamento do autuante e estão identificadas, com as respectivas quantidades e indicação do registro nos livros fiscais (cópias às fls. 17999 a 18005), através da tabela às fls. 17986 a 17988 dos autos, resultando na modificação do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias constantes às fls. 17986 e 17987 dos autos que consolida todo o levantamento com as correções indicadas.

Observamos que as notas fiscais de entrada que foram consideradas originalmente para efeito do levantamento quantitativo encontram-se relacionadas nos demonstrativos elaborados pelos autuantes às fls. 777 a 1289.

Foram corrigidos no demonstrativo desta revisão os enganos de transposição de somas entre os relatórios elaborados pelos autuantes, conforme indicam os 02 primeiros itens constantes às fls. 17946 e 17986 dos autos.

Infração 2:

O autuado adquire medicamentos que sofrem as antecipações do ICMS efetuadas pelos seus fornecedores ou pelo próprio contribuinte, utilizando para cálculo desta antecipação a os valores previstos para venda a varejo como base de cálculo.

Tendo em vista que o autuado efetuou vendas as clínicas e hospitais, que adquirem os medicamentos por valores inferiores aos previstos pelos fabricantes para venda ao consumidor final, gerando desta forma uma diferença entre a base de cálculo efetivamente utilizada na venda pelos DISTRUIDORES para as clínicas e hospitais e a base de cálculo utilizada na substituição tributária (preço previsto para venda ao consumidor) dos produtos adquiridos pelo autuado que é distribuidor, restando, desta forma, o ressarcimento resultante da diferença destas duas bases de cálculos.

O auto de infração, no item 02, reclama os valores de ICMS ressarcidos pelo autuado, resultante da diferença das bases de cálculo acima referidas, feita a maior do que efetivamente tinha direito o contribuinte.

Ocorre que os cálculos que resultaram nas diferenças reclamadas pelo autuante, foram executados por um software existente na INFEP (SAS), de domínio e operacionalidade de seus integrantes.

Este software tomou como base de cálculo da substituição tributária, relativa a cada produto, os valores até 31/12/97, para calcular o ressarcimento encontrado pelos autuantes no exercício de 1998, entretanto, poderiam ocorrer ultimas aquisições anteriores a esta data, que serviriam de base de cálculo da substituição tributária.

Sendo assim, o referido programa precisa ser modificado para corrigir a base de cálculo da substituição tributária que foi utilizada para cálculo do ressarcimento, incluindo, portanto, os valores anteriores a 31/12/97, observando, entretanto, que o Relator, entende que caso não existam os referidos preços de venda a consumidor anteriores ao período referido, que seja adotado os preços de 31/12/97, como foi feito pelos autuantes.

Tendo em vista que a solicitação do relator trata de inclusão de notas fiscais não consideradas na apuração do Ressarcimento efetuado pelos autuantes e que as tabelas, com a Base de Cálculo de Venda a Varejo de 1997, para corrigir o referido Software, já foram devidamente fornecida aos autuantes, segundo o autuado, considerando que o volume de ressarcimento, mais

de 10.500 (dez mil e quinhentas notas fiscais), conforme meio magnético e impressos às fls. 17445 a 17924, e que cada nota pode conter 03, 04 ou mais operações, resultando, portanto, num total aproximado de 40.000 operações a realizar, que demandaria, sem a utilização do referido software, um tempo enorme e não estimado, desnecessário para efetuar manualmente o ajuste do ressarcimento solicitado pelo relator, e tendo em vista que as nossas tentativas de efetuar manualmente ou com os recursos de informáticas por nós disponíveis para a execução do trabalho não tiveram êxito, sugiro que este processo seja encaminhado para INFEP para que os autuantes possam providenciar a adequação do seu Software, incluindo as notas que não foram consideradas e corrigindo as bases de cálculos utilizadas para a antecipação do imposto, de forma que possam refazer os cálculos de ressarcimento e ajustar os valores reclamados no auto de infração, solicitado pelo relator.

O fiscal diligente concluiu seu parecer da seguinte forma:

*Em relação à infração 01, foram incluídas as notas fiscais não consideradas pelos autuantes no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, portanto, ajustando os valores reclamados de R\$73.894,00, para R\$16.262,38.*

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO						
Data Ocorr	Data Venceto	Base de cálculo	Aliq%	multa(%)	Valor Histórico	Valor em Real
31/12/98	09/01/99	67.125,82	17	70	11.881,27	11.881,27
31/12/99	09/01/00	24.752,03	17	70	4.381,11	4.381,11
			TOTAL		16.262,38	16.262,38

*Quanto à infração 02, tendo em vista as considerações acima efetuadas, sugiro que este processo seja encaminhado para INFEP para que os autuantes, após as providencias anteriormente sugeridas, possam atender as solicitações do relator (itens 05 e 06).*

O autuado em manifestação às fls. 18010 a 18013 reitera todos os temos de sua defesa inicial e demais pronunciamentos, voltando a alegar que o Auto de Infração, especialmente em relação ao item 02, é uma incógnita. Aduz que a ASTEC declinou não ser possível a realização do trabalho, posto que foram utilizados dados inconsistentes, através de um “software” de propriedade e domínio da INFEP (SAS), acrescentando que o mencionado programa utiliza preços incompatíveis pra cada produto, no que se refere às datas de aquisições. Solicita a nulidade da infração em comento, argüindo absoluta insegurança na determinação e apuração da base de cálculo. Transcreve algumas ementas do CONSEF visando consubstanciar seu pleito pela nulidade. Entende, ainda, que se ultrapassada a preliminar de nulidade, a autuação deve ser julgada improcedente, afirmando que os demonstrativos acostados aos autos provam não existir débito em razão de ressarcimento a maior. Quanto à infração 01, diz que apesar das retificações procedidas pela ASTEC, não acata o valor apontado por aquela assessoria técnica, tendo em vista que ainda existem notas fiscais a serem acrescentadas na auditoria, e que não foram apresentadas por não terem sido localizadas até o momento.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, no máximo, procedente em parte, com a condenação restrita ao valor já recolhido.

Diante do Parecer do diligente da ASTEC, os autuantes também se manifestaram (fls. 18016 a 18023), inicialmente concordando com as retificações efetuadas na infração 1. Quanto à infração 2, abordaram os itens 5 e 6, da diligência requerida, ratificando seus cálculos e demonstrativos apresentados na primeira informação fiscal, onde haviam efetuado uma redução no valor da exigência. Informaram que em busca da justiça fiscal, utilizaram em seus cálculos as tabelas da

ABCFARMA fornecidas pelo próprio autuado. Teceram, ainda, esclarecimentos às fls. 18020 a 18022, sobre porque consideraram que os documentos e alegações defensivas não trouxeram nenhuma informação que ensejasse novo processamento por parte dos autuantes, haja vista que os referidos documentos ou eram relativos a operações interestaduais ou se tratando de operações internas já haviam sido considerados no cálculo do ressarcimento após a última retificação do débito.

O autuado ao tomar ciência da última informação fiscal, bem como dos demonstrativos e documentos juntados ao processo, manifestou-se às fls. 18485 a 18491, ratificando seu posicionamento inicial, alegando que os autuantes não cumpriram com o que foi solicitado pelo preposto da ASTEC à fl. 17941, ou seja, a adequação do software com o reprocessamento dos dados. Informa estar anexando novamente seus arquivos magnéticos, ao tempo que ratifica todos os termos de sua defesa inicial.

Diante do acima relatado e considerando:

1. que não foi cumprida integralmente as solicitações da 4ª JJF às fls. 17935 e 17936, especialmente no que diz respeito aos itens 3 e 4;
2. que também não foi efetuada a adequação do software, conforme pedido do diligente da ASTEC à fl. 17941, visando incluir as notas que não foram consideradas e corrigir as bases de cálculos utilizadas para a antecipação do imposto, para a retificação dos cálculos de ressarcimento;
3. a necessidade de se dirimir as controvérsias ainda existentes entre as afirmações dos autuantes e as alegações defensivas;

a 4ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência à Infaz de Origem para que fiscal estranho ao feito, atendesse aos itens acima enumerados.

Foi solicitado ainda ao fiscal diligente, que elaborasse um novo demonstrativo de débito para a infração em tela com os valores remanescentes.

Atendendo a solicitação supra o fiscal estranho ao feito prestou as seguintes informações às fls. 18516 a 18520:

1 – que efetuou o reprocessamento dos arquivos magnéticos, conforme demonstrativos às fls. 18521 a 18800, inclusive com a adequação do “software” necessária, encontrando novos valores para o débito tributário;

2 – que o reprocessamento foi elaborado de acordo com o que determina o Regime Especial concedido ao autuado através do Parecer GETRI nº 455/96 (fls. 34 a 39), apurando a diferença entre a base de cálculo utilizada para a retenção do imposto nas aquisições dos produtos sujeitos ao Convênio ICMS nº 76/94, e o valor da operação de venda para os destinatários e exclusivamente nas operações internas;

Ao final, apresentou novo demonstrativo de débito (fls. 18519/18520) para a infração 2, após as retificações acima mencionadas, reduzindo o valor do imposto a ser exigido para R\$216.137,00.

O autuado, ao tomar ciência da diligência procedida, manifestou-se às fls. 18803 a 18806, inicialmente reiterando todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos, renovando os pedidos de nulidade e improcedência da exigência fiscal.

Ressalta que dentre os valores mantidos pelo diligente na infração 2, supõe-se englobados quantias que versam sobre vendas para outros estados. Alega que em relação a essas vendas não se sabe com segurança o seu montante, pelo que volta a arguir a nulidade do lançamento.

No mérito, volta a alegar que a legislação estadual não veda a aplicação do regime às vendas interestaduais e entende que as mesmas não podem ser excluídas do ressarcimento. Cita o art. 155, §2º, VII, “a”, da Constituição Federal, correlacionando o termo “alíquota” como “carga tributária” e dizendo que nas vendas para consumidores finais situados em outros estados, a exclusão do regime implicaria em carga tributária maior, o que fugiria da norma regimental. Acrescenta que o art. 152, da C.F. veda aos estados estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino, e que, dessa forma, se a alíquota aplicada nas vendas interestaduais pra não contribuintes é a mesma que a aplicada nas operações internas, o tratamento deve ser igualitário, ou seja, o ressarcimento deve abranger tanto as operações internas como as interestaduais destinadas a consumidor final. Afirma que a PGE/PROFIS ao analisar caso semelhante no setor de informática, se posicionou no sentido de que o benefício de redução da base de cálculo abrange também as operações interestaduais para não contribuintes do ICMS. Ao final, entendendo, ainda, que o aditivo ao regime serve apenas como reconhecimento da situação já expressa em lei, que não veda a aplicação do regime às vendas interestaduais, e acrescentando que não existiu prejuízo para o Estado, pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração, em especial do item 2.

## VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, uma vez que após as diversas manifestações dos autuantes, bem como de fiscais estranho ao feito, os autos passaram a conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações e o infrator. O autuado tomou ciência de todas as correções, documentos e demonstrativos juntados aos autos, sempre lhe sendo concedido o prazo legal para se manifestar, além da reabertura do prazo de defesa em outras ocasiões, não havendo também do que se falar em cerceamento de defesa.

Em relação à infração 2, ressalto, no que tange à questão da ausência de levantamentos analíticos referentes ao mês de janeiro de 1998, que tal fato foi decorrente de um equívoco dos autuantes. De acordo com os demonstrativos de fls. 607, 1801 e 1802, constata-se que o imposto começou a ser cobrado na primeira quinzena de fevereiro de 1998. Todavia, no Demonstrativo de Débito, essa parcela foi equivocadamente alocada na primeira quinzena de janeiro daquele ano. Esse erro, porém não invalida a ação fiscal, e foi devidamente corrigido por ocasião da diligência solicitada por este colegiado.

Destaco, ainda, que a alegação defensiva que dentre os valores mantidos pelo diligente, supõe-se englobados quantias que versam sobre vendas para outros estados, e que em relação a essas vendas não se sabe com segurança o seu montante, que também descabe a argüição de nulidade do lançamento, uma vez que tal questão foi apenas suscitada pela defesa, e tanto na ação fiscal como nas diligências efetuadas, foram apenas consideradas no cálculo do ressarcimento as operações internas, conforme determina o Parecer GETRI nº 455/96 (fls. 34 a 39). Ademais, o autuado não comprovou em nenhum momento o montante das operações por ele questionadas.

No mérito, no que diz respeito à infração 1, que se refere a constatação de omissão de entradas, apurada através de levantamento quantitativo de estoques, o autuado alegou que os autuantes cometem diversos equívocos em seus levantamentos, inclusive deixando de considerar diversas notas fiscais, que apesar de não constarem nos arquivos magnéticos apresentados, tratam-se de documentos idôneos que foram devidamente escriturados nos livros fiscais.

Diane da controvérsia existente entre os números apresentados pelos autuantes, mesmo após a retificação dos valores, e o montante reconhecido pelo autuado, e visando conhecer os reais valores das omissões apurados nos levantamentos quantitativos de estoques, passando a infração a gozar de segurança na determinação do seu valor, foi realizada diligência por fiscal estranho ao feito, lotado na ASTEC.

O diligente constatou que as notas fiscais relativas ao exercício de 1998 constantes às fls. 17950 a 17979, não foram incluídas no levantamento do autuante e estão identificadas, com os respectivos quantidades e indicação do registro nos livros fiscais (fls. 17980 a 17983). Dessa forma, após as correções necessárias, elaborou novos demonstrativos às fls. 17942 a 17945.

Em relação às notas fiscais relativas ao exercício de 1999 constantes às fls. 17989 a 17998, também constatou que não foram incluídas no levantamento dos autuantes, porém estão identificadas, com as respectivas quantidades e indicação do registro nos livros fiscais (fls. 17999 a 18005). Dessa forma, após as correções necessárias, elaborou também novos demonstrativos às fls. 17986 e 17987.

O preposto da ASTEC corrigiu, ainda, os enganos de transposição de somas entre os relatórios elaborados pelos autuantes, reduzindo o valor do débito ora em exame de R\$73.894,00, para R\$16.262,38, conforme demonstrativo à fl. 17941, com o que concordo.

Apesar do autuado, ao tomar ciência da diligência, ter alegado que ainda existem notas fiscais a serem acrescentadas na auditoria, tais documentos não foram acostados ao processo sob alegação de que não foram localizadas até o momento. Nessas circunstâncias, com base no que dispõe os artigos 141 e 143, do RPAF/99, não há como acatar a argumentação defensiva.

Por fim, ressalto que o autuado terminou por efetuar o pagamento do débito, após a redução proposta pelo diligente da ASTEC, e acatada por este relator, o que põe fim à lide.

A infração 2 se refere a ressarcimento efetuado a mais (crédito fiscal a mais), relativo às operações de vendas de medicamentos a hospitais, clínicas, sanatórios, laboratórios de análise, ambulatórios, pronto-socorros, manicômios, casas de saúde e congêneres, tanto públicos como particulares, bem como a órgãos da administração pública federal, estadual e municipal. O contribuinte opera com Regime Especial Parecer GETRI nº 1.519/97, que concede prazos de recolhimento de antecipação tributária, dos quais são abatidos valores requeridos como ressarcimento.

O autuado alegou que a maior parte da diferença encontrada pelos autuantes teve origem na exclusão de inúmeros documentos fiscais, os quais foram emitidos regularmente, preenchiam os requisitos legais e constavam nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado.

Em relação ao cálculo a menos dos valores a serem ressarcidos, disse que os autuantes não tomaram, como base, as tabelas de preços da ABCFARMA. Aduziu que para fins de ressarcimento, a base de cálculo é a prevista na clausula segunda do Convênio ICMS 76/94, correspondendo ao preço constante da tabela sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor, somente sendo utilizado o preço máximo de venda na falta do primeiro.

Expôs, ainda, que a não consideração das saídas interestaduais para consumidores finais torna inócuo o regime de ressarcimento. Aduziu que a Constituição Federal veda a diferenciação de tributação em função da procedência ou destino da mercadoria.

Da análise dos elementos constitutivos do PAF, constato que assiste razão em parte ao autuado, pois o levantamento inicialmente apresentado pelos autuantes continha diversas inconsistências, mas que foram corrigidas com as diligências procedidas.

O último diligente efetuou o reprocessamento dos arquivos magnéticos, conforme demonstrativos às fls. 18521 a 18800, inclusive com a adequação do “software” necessária, visando incluir as notas que não foram consideradas e corrigir as bases de cálculos utilizadas para a antecipação do imposto, para a retificação dos cálculos de ressarcimento.

Dessa forma, após as retificações necessárias, o fiscal estranho ao feito encontrou novos valores para o débito tributário em questão, conforme demonstrativo de débito (fls. 18519/18520), reduzindo o valor do imposto a ser exigido para R\$216.137,00, com o que concordo.

Quanto à forma de apuração da base de cálculo do imposto, entendo que razão não assiste ao autuado, pois os cálculos obedeceram ao que determina a legislação, ou seja:

I – de acordo com a Cláusula segunda, do Convênio ICMS 76/94, a base de cálculo da substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela fixada pelo órgão competente para a venda a consumidor, em consonância com o instituto da substituição tributária que visa alcançar o preço máximo utilizado na fase final de comercialização do produto. Determina, ainda, o parágrafo 6º, da referida cláusula, que o estabelecimento industrial, remeterá listas atualizadas dos preços referidos no caput, podendo ser emitida por meio magnético, ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da Federação onde tiver obtido inscrição como substituto tributário;

II – por outro lado, a Portaria nº 37/92 do Ministério da Fazenda, estabelece em seu parágrafo 1º, do art. 2º, que o preço máximo ao consumidor para os produtos a que se refere o caput deste artigo será calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço do fabricante por 0,7 (zero vírgula sete) e será único em todo o território nacional).

Ressalto, ainda, que em busca da justiça fiscal, os autuantes terminaram por utilizar em seus cálculos as tabelas da ABCFARMA fornecidas pelo próprio autuado.

Finalmente, descabe também a arguição do autuado de que a não consideração das saídas interestaduais para consumidores finais torna inócuo o regime de ressarcimento, haja vista que o reprocessamento efetuado pelo último diligente foi elaborado de acordo com o que determina o Regime Especial concedido ao autuado através do Parecer GETRI nº 455/96 (fls. 34 a 39), que expressamente determina que a apuração da diferença entre a base de cálculo utilizada para a retenção do imposto nas aquisições dos produtos sujeitos ao Convênio ICMS nº 76/94, e o valor da operação de venda para os destinatários sejam restritos, exclusivamente, às operações internas.

Apesar do autuado ter alegado que o § 6º do art. 359, do RICMS/97, não veda a aplicação do regime às vendas interestaduais, entendendo que tal situação sinaliza a possibilidade de se aditar o regime especial da empresa, tal aditamento não foi realizado, e tratando-se de um benefício concedido ao contribuinte, através do Parecer acima citado, tal benefício deve ser expressamente previsto, o que não ocorre para as operações interestaduais.

Por fim, quanto ao Parecer da PGE/PROFIS mencionado pelo autuado, trata-se de outra situação, específica ao setor de informática.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor total de R\$ 232.399,38, de acordo com os demonstrativos de débito às fls. 17941 (infração 1) e 18519/18520 (infração 2), devendo ser homologado os valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206960.0030/02-2, lavrado contra **MEDYCAMENTHA PRODUTOS ONCOLÓGICOS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$232.399,38**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$16.262,38 e de 60% sobre R\$216.137,00, previstas, respectivamente, no art. 42, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR