

**A. I. Nº** - 282219.1201/07-6  
**AUTUADO** - MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA.  
**AUTUANTES** - OTAVIO AUGUSTO LABORDA FERNANDES e RUBENS MINORU HONDA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0241-02/10

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2007, para constituir o crédito tributário no valor R\$1.919.988,38, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.009.013,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2002.
2. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$910.975,25, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2002.

O autuado apresentou defesa, fls. 39/60, preliminarmente discorrendo sobre a tempestividade da impugnação, atividade de distribuição de medicamentos por aparte do autuado, sobre substituição tributário de medicamentos.

Prosseguindo, requer nulidade da autuação alegando cerceamento do direito de defesa e inobservância do devido processo legal, asseverando que não existe qualquer referência ou documento suporte, ou ainda qualquer outro subsídio para demonstração do valor que serviu de base para o cálculo do ICMS apurado pela fiscalização e supostamente devido, constante nos demonstrativos de folhas 06 a 32 anexas ao Auto de Infração. Reitera que em momento algum a fiscalização forneceu ao contribuinte a indicação de como chegou aos valores da base de cálculo informados no demonstrativo, transcrevendo os incisos II e IV, “a”, do artigo 18, alínea “b” do inciso IV do artigo 39, inciso II do artigo 41 e artigo 46, todos do RPAF/BA.

Aduz que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa foram violados, ante a ausência dos motivos determinantes para a base de cálculo que foi utilizada.

Prosseguindo, transcreve decisões administrativas e Súmula n nulidades.

No mérito, em relação a infração 01 assevera que, a fim de identificar os valores indicados no Auto de Infração, o impugnante aplicou sobre as notas fiscais indicadas pelo autuante a redução da base de cálculo prevista no inciso I do parágrafo 2º do art. 61, bem como o disposto no Regime Especial no Processo nº 424/2002 que prevê a utilização da MVA na base de cálculo do imposto e os valores encontrados não correspondem àqueles descritos no Auto de Infração, passando às folhas 49/56 a apontar os equívocos, nota fiscal por nota fiscal, que entende existir no levantamento fiscal.

Concluiu sua impugnação em relação à infração 1, fl. 56, frisando que constatados os equívocos e as obscuridades presentes na infração em apreço, bem como o desrespeito aos princípios constitucionais e aos dispositivos legais de que tratam a matéria em questão, conforme acima mencionados, resta incontroverso que o autuante, ao arrepio da lei, tipificou a infração indevidamente, donde decorre a impossibilidade do mesmo prosperar.

No tocante a infração 02, salienta que, assim como na infração 01 o autuado também tentou, a fim de identificar os valores indicados no Auto de Infração o autuado, aplicando sobre as notas fiscais indicadas pelo autuante a redução da base de c prevista no inciso I do parágrafo 2º do art. 61, bem como o disposto no Regime Especial no Processo 424/2002 que prevê a utilização da MVA na base de cálculo do imposto e os valores encontrados não correspondem àqueles descritos no Auto de Infração.

Em relação ao período de janeiro a dezembro de 2002, assevera que para comprovar os equívocos da fiscalização anexa os demonstrativos de cálculo e DAE's de recolhimentos, que apontam as reais bases de cálculos e os valores do ICMS devidos que tiveram como parâmetro o Regime especial constante no Parecer 424/2002, com a aplicação da MVA por lista dos medicamentos constantes na posição 3003 e 3004 da NCM, e com a redução de 10% da base de cálculo conforme previsão do inciso I do parágrafo 2º do art. 61 do RICMS/BA e no Convênio ICMS 76/94.

Ressalta a impossibilidade manutenção do Auto de Infração, quer pela nulidade suscitada, quer pela inobservância das regras que deveriam ter sido aplicadas ao contribuinte que está adstrito às regras da substituição tributária na modalidade antecipação, a aplicação da MVA ao invés do PMC – Preço Máximo Consumidor, bem como as reduções de base de cálculo.

Requer a realização de diligência pela ASTEC, com base no art. 145 do RPAF/BA.

Ao final, requer a nulidade, diligencia pela ASTEC ou improcedência da autuação.

Na informação fiscal, fls. 363/366, os autuantes destacam que a empresa autuada é contribuinte regularmente inscritos no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, tendo como atividade o comércio atacadista de medicamento e drogas de uso humano, estando sujeito à substituição tributária antecipação na entrada de mercadorias nas suas operações mercantis.

Frisam que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação.

Quanto à alegação de nulidade, informam que anexaram todos os demonstrativos do débito tributário, discriminando nota a nota, valores que deram suporte a base de cálculo do ICMS antecipação (sintético e analítico), bem como parte dos documentos fiscais pertinentes.

No tocante ao mérito, informam que refizeram os cálculos, utilizando-se MVA como base para a identificação do ICMS antecipação, conforme Regime Especial concedido com base no Parecer nº 424/2002, passando os valores devidos a ser:

Infração 1, reduziu de R\$1.009.013,13 para R\$528.754,56.

Infração 2, reduziu de R\$ 910.975,25 para R\$ 39.431,86.

Ao final, opina pela manutenção parcial do Auto de Infração.

O autuado, após receber cópia da informação fiscal e dos novos le de débitos das infrações e em sua 2ª manifestação defensiva, fls. 48

relativos a nulidade da autuação. Frisa que não constam no Auto de Infração elementos suficientes para que o contribuinte pudesse identificar a base de cálculo encontrada pela fiscalização, tornando-o nulo, por cerceamento de direito de defesa, garantido pela Constituição Federal e pela não observância do devido processo legal.

No mérito, em relação à infração 1, passou às folhas 488/493 a apontar os equívocos que entende existir nos levantamentos fiscal acostados à informação fiscal, concluindo que constatados os equívocos e as obscuridades presentes na infração em apreço, bem como o desrespeito aos princípios constitucionais e aos dispositivos legais de que tratam a matéria em questão, resta incontroverso que o autuante, ao arrepio da lei, tipificou a infração indevidamente, donde decorre a impossibilidade do mesmo prosperar.

No tocante à infração 2, em relação ao mês de janeiro/2002, diz que a fiscalização não observou o Regime Especial constante no Parecer nº 424/2002, nem a aplicação da MVA por lista dos medicamentos constante na posição 3003 e 3004 da NCM, nem a redução de 10% da base de cálculo conforme previsto no inciso I do parágrafo 2º do art. 61 do RICMS/BA e no Convênio ICMS 76/94.

Quanto ao mês de fevereiro/2002, aduz que o contribuinte aplicou sobre a Nota Fiscal nº 5008 a redução e que a fiscalização não observou o Regime Especial constante no Parecer 424/2002, nem a aplicação da MVA por lista dos medicamentos constante na posição 3003 e 3004 da NCM, nem a redução de 10% da base de cálculo conforme previsto no inciso I do parágrafo 2º do art. 61 do RICMS/BA e no Convênio ICMS 76/94.

Relativamente ao mês de novembro/2002, assevera que não há que se falar em ICMS a pagar, tendo em vista que o valor do ICMS recolhido corresponde exatamente ao valor do ICMS calculado pelo fisco estadual. Assim, conforme Notas Fiscais nºs 42107, 82865, 107592, 107758, 239168, 250721, 472253 e 591936, o ICMS recolhido corresponde exatamente ao valor efetivamente pago pelo autuado.

Em relação ao mês de dezembro/2002, afirma que não há igualmente que se falar em ICMS a pagar, tendo em vista que o valor do ICMS recolhido corresponde exatamente ao valor do ICMS calculado pelo fisco estadual. Assim, conforme Notas Fiscais nºs 9099, 43796, 45102, 74860, 86414, 254664, 254665, 475506, 593306 e 597514, o ICMS recolhido corresponde exatamente ao valor efetivamente pago pelo autuado. Frisa que a fiscalização não considerou o desconto do PIS/COFINS da base de cálculo da Nota Fiscal nº 190584.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência da autuação.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª JF decidido por sua conversão em diligência à INFAZ de origem, para que os autuantes prestassem nova informação fiscal, sobre a manifestação defensiva às folhas 483 a 495, bem como os documentos fiscais acostados às folhas 504 a 699.

Cumprida a diligência, fls. 705/707, os autuantes ressaltam que prestaram informação fiscal, fl. 363 a 478, onde foram recalculados os valores, tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente em suas operações, adicionado o percentual linear da MVA de 56,59%, tendo em vista que todas as mercadorias terem sido originadas do Estado de São Paulo, sendo utilizada a Lista Positiva do Convênio ICMS 76/94, baseado em índices utilizados pela autuado nas planilhas entregues pela impugnante para cálculo da Antecipação Tributária para os mesmos laboratórios.

Frisam que é falsa a alegação do autuado de desconhecer a forma como chegou aos valores da Base de Cálculo, pois, foram apresentados de forma clara e transparente as planilhas contendo os demonstrativos de Débito – infração 01, tanto sintético às folhas 306/371, quanto Analítico às folhas 372 a 378, sendo utilizado o mesmo modelo de planilha apre intimada a apresentar as planilhas da comprovação da antecipação para facilitar o entendimento por parte do autuado, podendo-se comp

planilhas às folhas 372/378 com aquelas apresentadas pelo autuado às folhas 200. Ressaltaram que não existe necessidade de cálculo item a item, tendo em vista ter utilizado MVA linear para todas as mercadorias.

Asseveram que todos os Demonstrativos de Débito, tanto sintético quanto analítico, com perfeita identificação da base de cálculo utilizada, foram regularmente entregues ao contribuinte após a informação fiscal, como se pode observar no recibo à folha 479, não podendo ser alegado cerceamento de defesa.

No tocante as alegações de que algumas notas fiscais teriam sido objeto de autuação anterior não foram comprovadas. Informam que acostam ao PAF, Demonstrativo de Débito Analítico do Auto de Infração nº 20693.0003/03-8, comprovando que as alegações são infundadas. O mesmo aconteceu com o demonstrativo de Débito do Auto de Infração nº 210432.0003/06-0, mostrando claramente tratar-se de ocorrências nos exercícios de 2004, 2005 e 2006 não alcançados pelo presente PAF.

Relativamente à alegação de que algumas notas fiscais não foram identificadas no sistema interno da empresa e que não foram devolvidas pelos autuantes após a fiscalização não prospera, pois as cópias das respectivas notas fiscais foram acostadas ao PAF pelo próprio contribuinte a exemplo das Notas Fiscais nºs 179592, fl. 119, e 510518, fl. 131, demonstrando incoerência na alegação.

Destacam que foram acostadas ao PAF todas as demais cópias das notas fiscais ausentes do presente Auto de Infração.

Esclarecem que na planilha das alegações foi inserida a coluna “índice” para facilitar a localização das mesmas.

No tocante à infração 2, asseveram que o autuado tomou como base para cálculo da antecipação tributária, valores fictos, simulando um valor de operação abaixo daquele constante nas notas fiscais.

Prosseguindo, apresentaram planilhas com os novos valores, reduzindo ainda mais os valores apresentados na informação anterior, conforme abaixo:

Infração 1, reduziu de R\$1.009.013,13, valor consignado no Auto de Infração, para R\$ 462.501,70, conforme abaixo:

MÊS	ICMS DEVIDO
JANEIRO	6.054,24
FEVEREIRO	53.860,08
MARÇO	22.172,08
ABRIL	33.120,05
MAIO	54.937,26
JUNHO	0,00
JULHO	61.615,57
AGOSTO	97.219,06
SETEMBRO	93.030,96
OUTUBRO	0,00
NOVEMBRO	515,17
DEZEMBRO	39.977,23
TOTAL	462.501,70

Infração 2, reduziu de R\$ 910.975,25 para R\$ 39.431,86, conforme informação fiscal anterior, conforme abaixo:

MÊS	ICMS DEVIDO
JANEIRO	758,21
FEVEREIRO	275,69
MARÇO	0,00
ABRIL	0,00
MAIO	0,00
JUNHO	0,00
JULHO	0,00

AGOSTO	0,00
SETEMBRO	0,00
OUTUBRO	0,00
NOVEMBRO	20.223,74
DEZEMBRO	18.174,22
TOTAL	39.431,86

Ao final, opina pela manutenção parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação defensiva, fls. 778 a 783, após receber cópia do pedido de diligência, folha 703, e resultado da diligência e dos novos demonstrativos, fls. 705 a 773, o autuado se manifesta sobre o resultado da diligência.

Com relação ao item 1 da informação fiscal, o autuado contesta a aplicação de um único MVA (56,59%) ao invés de se aplicar o MVA específico para cada lista de medicamentos conforme preceitua o convênio 76/94. Além de utilizar o MVA único, correspondente aos medicamentos da lista positiva, os utilizou com alíquota de 18%, ao invés de utilizá-los com alíquota de 17%, tendo em vista que o repasse aplicado sobre o preço foi no percentual de 10,75%, que é exatamente para ajustar o preço à alíquota interestadual de 7%, e que nada tem haver com a origem dos medicamentos do Estado de São Paulo.

No tocante ao item 2 da informação fiscal, frisa que, por terem os autuantes utilizado um MVA errado, tanto com relação à lista dos medicamentos, quanto aplicá-lo com alíquota diferente da real, impossibilitou a autuada de compreender os valores apurados, cerceando dessa forma o seu direito de defesa. Em sua justificativa os próprios autuantes confessam ser desnecessário o cálculo por item. Desta forma desconhece plenamente a legislação então vigente (convênio 76/94) que estabelece MVA diferenciado para cada lista de medicamentos. De sorte que atestam o dito pela impugnante com relação ao seu direito à ampla defesa.

Quanto ao item 3 da informação fiscal, diz que o mesmo corrobora com a falta de conhecimento do autuante, conforme relatado acima. Questionando, como pode medicamentos diversos constantes em várias listas terem os seus valores de MVA imputados igualmente.

Com relação aos itens 4 e 5 da informação fiscal esclarece o que segue:

JANEIRO /2002 – A nota fiscal 156774 teve seu recolhimento efetuado, na 2ª quinzena de janeiro conforme demonstrativo de antecipação e DAE's(DOC.03) em anexo.

A Nota Fiscal nº 201336 constante no auto de infração como não antecipada, no valor de R\$ 2.840,60 a autuada comprova o recolhimento do ICMS por antecipação, conforme DOC. 03 (em anexo), em virtude de lapso do fiscal autuante devido a nota fiscal correta ser a de número 201.338(DOC. 06). A Nota Fiscal Original de nº 201336 é no valor de R\$ 540,24 (DOC.07).

FEVEREIRO/2002 -As Notas Fiscais nºs 26026, 26162, 26315, 26320, 58310, e 58311 - têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convênio ICMS 76/94). Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente. (DOC.04)

Notas Fiscais nºs 53097 e 203752 - São produtos Quimioterápicos/Oncológicos utilizados no tratamento do câncer, isento do ICMS conforme disposto no Convenio 162/94 e 34/86 e art. 17 do decreto 6.284/97 (DOC.04)

MARÇO/2002 - As Notas Fiscais nºs 26519, 26696, 26708 e 165583 têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94) Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente. (DOC.04)



Nota Fiscal nº 206221 - São produtos Quimioterápicos/Oncológicos utilizados no tratamento do câncer isento, do ICMS conforme disposto no Convenio ICMS 162/94 e 34/86 e art. 17 do Decreto nº 6.284/97 (DOC.04)

ABRIL/2002 -As Notas Fiscais nºs 26823, 26963, 27048, 27099, têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94) Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente. (DOC.04)

MAIO/2002 - A Nota Fiscal nº 196446 corresponde a produto classificado na posição NCM 21069090, desta forma não se enquadra na disposição do Convênio ICMS 76/94. Não podendo ser exigido a antecipação tributária, conforme item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6284/97. (DOC 04)

As Notas Fiscais nºs 27197, 27199, 27206, 27211, 27559, 27639 e 171405 – têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94), conforme podem ser verificados nos guias de farmácia. (DOC.04)

Nota Fiscal nº 171391- São produtos Quimioterápicos/Oncológicos utilizados no tratamento do câncer isento, do ICMS conforme disposto no Convenio ICMS 162/94 e 34/86 e art. 17 do Decreto nº 6.284/97 (DOC.04)

JULHO/2002 - As Notas Fiscais nºs 28114, 28284, 28395 e 28466 - têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94) Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente. (DOC.04)

AGOSTO/2002 - As Notas Fiscais nºs 28540, 28666, 28699, 28748, 28788, 28949, 28966 e 187875 - têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94) Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente. (DOC.04)

Nota Fiscal nº 224414 - São produtos Quimioterápicos/Oncológicos utilizados no tratamento do câncer isento, do ICMS conforme disposto no Convenio ICMS 162/94 e 34/86 e art. 17 do Decreto nº 6.284/97 (DOC.04)

SETEMBRO/2002 - As Notas Fiscais nºs 29242, 29286 29288, 195029 - têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94) Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente. (DOC.04)

NOVEMBRO/2002 -A Nota Fiscal nº 83129 – tiveram o ICMS antecipado na 1ª quinzena de dezembro, conforme demonstrativo de antecipação e DAE em anexo. (DOC. 5)

DEZEMBRO/2003 -A Nota Fiscal nº 86265 – tiveram o ICMS antecipado na 2ª quinzena de dezembro, conforme demonstrativo de antecipação e DAE em anexo. (DOC. 5)

Quanto ao item 6 da informação fiscal, esclarece que somente são exigidas a antecipação tributária nos casos de NCM 3002 sobre as vacinas e soros, conforme disposto no convênio 76/94 (em anexo). Esclarece a autuada que os produtos constantes nas notas fiscais em anexo não correspondem a soros e vacinas. Desta forma são improcedentes as exigências em tela. O fato em si demonstra que o autuante omitiu na sua informação o detalhe de que somente para soros e vacinas são exigidos a antecipação tributária, e não para todos os 3002 da NCM.

Ao finalizar, requer a nulidade ou improcedência da autuação.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 5ª JF decidido por sua conversão em diligência à INFAZ de origem, para que os autuantes prestassem nova informação fiscal, sobre a manifestação defensiva às folhas 778 a 783, bem como os documentos fiscais acostados às folhas 862 a 918.

Cumprida a 2ª diligência, fls. 927/928, os autuantes informam que a base de cálculo foi formada pelo valor da operação praticado pelo remetente, adicionando-se o percentual de MVA das listas Positiva, Negativa e Neutra, conforme Convênio ICMS 76/94. Coincidentemente, as mercadorias objeto do presente Auto de Infração foram todas da Lista Neutra do Convênio 76/94, baseado em planilhas entregues pela própria autuada nos demonstrativos do cálculo da Antecipação Tributária.

No tocante ao percentual de 10,75% de repasse alegado pelo contribuinte em sua impugnação destina-se a equalizar as diferentes de alíquotas existentes nas diferentes Unidades da Federação quando se toma por base exclusivamente o Preço Fabrica – PF (dos Laboratórios). No presente caso tomou-se para Base de Cálculo o Preço da Operação como visão conservadora no intuito de não prejudicar o contribuinte, tendo em vista existir descontos de até 60% concedido nas notas fiscais.

Quanto aos demais itens da peça defensiva, aduzem que foram amplamente demonstrados e permanecem inalterados conforme informações prestadas anteriormente.

Ao final, opinam pela manutenção parcial do Auto de Infração.

Em sua 4ª manifestação defensiva, fls. 933 a 939, após receber cópia do resultado da 2ª diligência, fls. 927/928, o autuado reitera argumentos anteriores.

Com relação ao item 1 da informação fiscal, novamente refuta a aplicação de um único MVA (56,59%) ao invés de se aplicar o MVA específico para cada lista de medicamentos conforme preceitua o Convênio ICMS 76/94, itens 1, 2, 3 do § 1º.

No tocante ao item 2 da informação fiscal, informa que o percentual de 10,75% aplicado pelo autuado, corresponde ao repasse concedido como forma de equalizar as diversas alíquotas existente nas diferentes unidades da federação.

Quanto ao item 3 da informação fiscal, diz que reitera sua posição manifestada nos itens 3, 4, 5 e 6 da contestação fiscal entregue em 23/12/2008 (3ª manifestação defensiva), a qual anexa. Principalmente com relação a diversas notas fiscais imputadas ao lançamento pelos nobres autuantes, e que também constam dos Autos de Infrações nºs 210432.0003/06-0 e 206930, conforme listou:

JANEIRO /2002 – A Nota Fiscal nº 156.774 teve seu recolhimento efetuado, na 2ª quinzena de janeiro conforme demonstrativo de antecipação e DAE's(DOC.03) em anexo.

A Nota Fiscal nº 201.336 constante no Auto de Infração como não antecipada, no valor de R\$ 2.840,60 a autuada comprova o recolhimento do ICMS por antecipação, através de planilha e DAE (DOC. 03 -anexo), em virtude de lapso do fiscal autuante devido a nota fiscal correta ser a de número 201.338 (DOC. 06). A Nota Fiscal original de nº 201.336 é no valor de R\$ 540,24 (DOC.07).

FEVEREIRO/2002 -As Notas Fiscais nºs 26026, 26162, 26315, 26320, 58.229 e 58310, - têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convênio ICMS 76/94). Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente.

Notas Fiscais nº 53097 - São produtos Quimioterápicos/Oncológicos para o tratamento do câncer, isento do ICMS conforme disposto no Convenio 162/94 e 6.284/97.

As Notas Fiscais nºs 58.311, 203.752 e 204.024 foram quitadas no Auto de Infração de nº 206.930.

MARÇO/2002 - As Notas Fiscais nºs 26.519, 26.696, 26.708, 16.5583, 54.682, 180.877, 183.764 e 183.766 têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94) Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente. (DOC.04)

Nota Fiscal nº 206.221 - São produtos Quimioterápicos/Oncológicos utilizados no tratamento do câncer isento, do ICMS conforme disposto no Convenio 162/94 e 34/86 e art. 17 do Decreto nº 6.284/97 (DOC.04)

Notas Fiscais nºs 184.591, 184.594, 184.916, 512.818 e 512.819 - foram quitadas no Auto de Infração de nº 206.930.

As Notas Fiscais nºs 178.663, 179.593, 179.864 e 185.292 *“teve seu recolhimento efetuado, na 1ª quinzena do mês de março e 2002 conforme demonstrativo de antecipação e DAE's (DOC.07)”*

ABRIL/2002 -As Notas Fiscais nºs 26.823, 26.963, 27.048, 27.099, 186.150, 177.368, 170.667, 186.151, 211.048, 211.049, 186.150 E 211.1730, têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94) Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente. (DOC.04).

As Notas Fiscais nºs 191.082, 195.148, 195.363, 213.255, 213.256 e 51.842 foram quitadas no Auto de Infração de nº 206.930.

MAIO/2002 – As Notas Fiscais nºs 27.197, 27.199, 27.206, 27.211, 27.559, 27.639, 17.405, 171.391, 64.762 e 120.528 – têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94), conforme podem ser verificados nos guias de farmácia. (DOC.04)

Notas Fiscais nºs 62.010, 120.319, 196.446, 5200.203 e 200.204 - foram quitadas no Auto de Infração de nº 210432.0003/06-0.

Notas Fiscais nºs 201.248, 201.249, 201.424, 215.261, 216.939, 217.663, 523.218 - foram quitadas no Auto de Infração de nº 206.930.

JULHO/2002 - As Notas Fiscais nºs 28.114, 28.284, 28.395, 225.077 e 225.078 - têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94) Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente.

Notas Fiscais nºs 66.556, 71.824, 74.993, 75.552, 75.552, 75.866, 124.819, 181.980, 184.400, 209.457, 209.611, 211.977, 211.979, 211.980, 212.361, 212.362, 212.776, 212.872, 213.124, 215.120, 215.121, 215.146, 215.836, 229.909, 222.910, 223.073, 2258.803, 225.804, 4479.982, 448.395, 448.396, 450.499, 451.948 e 451.950- foram quitadas no Auto de Infração de nº 210432.0003/06-0.

AGOSTO/2002 - As Notas Fiscais nºs 28.540, 28.666, 28.699, 28.748, 28.788, 28.949, 28.966, 187.875, 28.702, 706.309, 191.046 e 219.403- têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convenio ICMS 76/94) Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente. (DOC.04)

Nota Fiscal nº 228.243 - São produtos Quimioterápicos/Oncológicos câncer isento, do ICMS conforme disposto no Convenio ICMS 162/94 6.284/97 (DOC.04).



SETEMBRO/2002 - As Notas Fiscais nºs 29.242, 29.286 e 29288 - têm seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, desta forma não se enquadram como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS conforme disposto no item 13.1 do art. 353 do Decreto nº 6584/97 (Convênio ICMS 76/94) Os produtos em questão são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente. (DOC.04)

As Notas Fiscais nºs 195.029, 194.308, 224.785, 225.271, 225.799, 225.800, 226.267, 226.902 e 460.654 – constam do Auto de infração nº 210432.0003/06-0, (DOC. 5).

NOVEMBRO/2002 -A Nota Fiscal nº 83.129 – tiveram o ICMS antecipado na 1ª quinzena de dezembro, conforme demonstrativo de antecipação e DAE em anexo. (DOC. 5)

DEZEMBRO/2003 -As Notas Fiscais nºs 86.265 e 474.218 – constam do Auto de infração nº 210432.0003/06-0, (DOC. 5).

Ao finalizar, requer a nulidade ou improcedência da autuação.

Em nova informação fiscal, fls. 927/928, reiteram as informações anteriores.

O PAF foi novamente convertido em diligência para que fosse atendida a diligência anterior em relação à reabertura do prazo de defesa, 30 dias.

Em sua 5ª manifestação defensiva, fls. 1.053 a 1.058, após receber cópia do resultado da 3ª diligência, reabertura do prazo de defesa, o autuado reitera que o MVA que deverá ser aplicado é o específico para cada lista de medicamento conforme preceitua o Convênio ICMS 76/94, itens 1, 2 e 3 do § 1º, Cláusula segunda.

Prosseguindo, questiona as notas fiscais abaixo indicadas:

Nota Fiscal nº 203.752 – diz que teve o valor do ICMS integralmente pago no Auto de Infração nº 206930.0003/03-8, lavrado contra o autuado anteriormente.

Nota Fiscal nº 171.391 – tem seus produtos classificados na posição 3002.10 da NCM, não enquadrados como soros ou vacinas, portanto fora da obrigatoriedade de antecipação do ICMS, conforme disposto no item 13 do artigo 353 do Decreto nº 6.287/97.

Nota Fiscal nº 224.414 – assevera que são produtos quimioterápicos/Oncológico utilizados no tratamento do câncer, sendo, por isso, isentos do ICMS conforme disposto nos Convênios ICMS 162/94 e 34/86 e artigo 17 do Decreto nº 6.284/97.

Nota Fiscal nº 83.129 – teve o ICMS antecipado na primeira quinzena de dezembro, conforme demonstrativo de antecipação e DAE já anexado aos autos.

Nota Fiscal nº 86.265 – por falta de retenção do ICMS pelo fornecedor, foi objeto de autuação lavrado contra o mesmo. Frisa que a fiscalização não aceitou o documento que comprova o pagamento da referida nota, alegando que os comprovantes anexados ao Auto de Infração são documentos retirados do sistema da SEFAZ, questionando como pode a fiscalização não aceitar o mesmo.

Ao final, reitera o pedido pela improcedência do Auto de Infração.

Em nova informação fiscal, fls. 1.062 e 1.063, os autuantes ressaltam que na informação constante às folhas 1.000 e 1.001 e anexos às folhas 1.002 a 1.032, esclarecem a forma de obtenção da Base de Cálculo e do conseqüente imposto devido, se inserido nas planilhas dos Demonstrativos, colunas identificadoras que trazem todas as informações necessárias para a obtenção o referido imposto.

Frisa que o Convênio ICMS 76/94 determina no parágrafo primeiro da cláusula segunda que a base de cálculo do ICMS-ST, quando não utilizado o PMC, será a aplicação da MVA cuja alíquota depende das listas negativa, positiva ou neutra. Assim, foram inseridas colunas demonstrando a classificação de cada nota fiscal na coluna MVA e sua corresponden

Com relação ao repasse de 10,75% alegado pelo contribuinte, frisa preço com relação à diferença de alíquota entre os Estados de orig

Created with



**nitro**PDF

**professional**

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

como referência o PREÇO DE FÁBRICA e não o valor da operação, cujo valor é geralmente muito inferior àquele, tendo em vista os descontos concedidos.

Destaca que o impugnante caiu em contração diversas vezes, passando a indicar:

- À fl. 779 afirma que o produto Aprex (Nota Fiscal nº 203.7520) é medicamento quimioterápico e, portanto isento do ICMS. Já às folha 1.057 afirma que o mesmo produto e Nota Fiscal foi integralmente pago através do Auto de Infração nº 206930.0003/03-8. Não merecendo crédito nenhuma das afirmativas, pois a cópia do Auto de Infração, fls. 720 a 728, demonstram a inexistência de tal nota fiscal.
- Os produtos da Nota Fiscal nº 171.391, ora afirma que é quimioterápico (fl. 781), ora afirma que tem NCM 3002.10 e não se enquadra como soro ou vacina, 936.
- Notas Fiscais nºs 83.129 e 86.265 – afirma o contribuinte que foram pagos através do documento 5 (fl. 947 a 960). Reiteram os auditores autuantes sua informação anterior, que tais documentos são relatórios de trabalho internos da SEFAZ para analisar o correto preenchimento dos arquivos magnéticos, tratando-se de programa desenvolvido pela SEFAZ denominados SVAM utilizando em uma etapa anterior ao início da fiscalização e que tem a única finalidade de verifica a consistência de informações constantes nos arquivos magnéticos entregues pelos contribuintes. Tais relatórios analisam os valores dos registros 50, 54 e 53 dos arquivos magnéticos e através de cálculos lógicos verificam se as informações estão consistentes. Ainda no mesmo relatório, é feita a análise de Notas Fiscais constantes do Registro 50 e que não possuem a correspondente nota no Registro 54 (itens de mercadorias). Esta análise é feita para verificar se os arquivos magnéticos estão prontos para embasar uma fiscalização ou se é necessário que o contribuinte efetue a retificação das mesmas e nada tem a ver com pagamentos efetuados pelo contribuinte.
- Nota Fiscal nº 86.265 – diz a impugnante que a mesma consta do Auto de Infração nº 210443.2003/06-0 e que está em processo de julgamento, fls. 938 e 1.057, entretanto tal afirmativa é falsa e facilmente verificada através da cópia do Auto, fl. 729, onde se vê claramente tratar-se de ocorrência do período de 2004 a 2006, enquanto o auto ora em lide trata do período de 2002.

Ao final, opina pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 2 (duas) infrações, relativas a antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias, medicamentos, provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2002, sendo que na infração 01 é imputado a falta de recolhimento e na infração 02 o recolhimento a menos do ICMS.

Em relação à arguição de inconstitucionalidade do Auto de Infração, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

No tocante a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, por entender que houve cerceamento do seu direito de defesa e inobservância do devido processo legal com base nos incisos II e IV, “a”, do artigo 18, alínea “b” do inciso IV do artigo 39, inciso II do artigo 41 e artigo 46, todos do RPAF/BA, entendo que não pode ser acolhido pelos motivos que passo a expor.

Nos autos se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário. No corpo do Auto de Infração, fls. 01 e 02, está descrito claramente os fatos considerados como anexos ao Auto de Infração, descritos pelos autuantes, incluindo recebidos pelo próprio autuado.

Para embasar as infrações, os autuantes elaboraram aos demonstrativos acostados às folhas 06 a 33 dos autos, os quais foram devidamente entregue ao sujeito passivo, no prazo legal, ou seja, juntamente com o Auto de Infração.

O demonstrativo sintético acostado à folha 06, denominado de “RESUMO – FALTA DE ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, consta o resumo do valor apurado mensalmente.

Na coluna “MÊS” é indicado cada objeto da autuação e na coluna “VALOR” os valores respectivos a cada mês da infração 1.

Nas folhas seguintes, 07 a 18, foram acostados os demonstrativos analíticos denominados de “APURAÇÃO DE ICMS TRIBUTÁRIA JANEIRO/2002”, como por exemplo, na fls. 07.

Nesses demonstrativos mensais, constam indicados os números de cada nota fiscal, o ICMS Calculado, o ICMS Devido e o Laboratório e a soma do imposto devido em cada mês, sendo transportado essa soma para o demonstrativo “RESUMO – FALTA DE ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, fl. 06.

O demonstrativo sintético acostado à folha 19, denominado de “RESUMO – ANTECIPAÇÃO A MENOS DE ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, consta o resumo do valor apurado mensalmente, consignado na infração 02.

Assim como, no demonstrativo da infração anterior, na coluna “MÊS” é indicado cada objeto da autuação e na coluna “VALOR” os valores respectivos a cada mês da infração 2.

Seguindo a mesma sistemática dos demonstrativos da infração 1, os autuantes acostaram às folhas 20 a 33 dos autos os demonstrativos analíticos denominados de “APURAÇÃO DE ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, constando a indicação no mês, ano, números de cada nota fiscal, o ICMS Calculado, o ICMS Devido e o Laboratório e a soma do imposto devido em cada mês, sendo transportado essa soma para o demonstrativo RESUMO – FALTA DE ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, fl. 19.

Aos prestaram sua 1ª informação fiscal, fls. 363/366, revisaram os levantamentos e apresentaram novos demonstrativos sintético no próprio corpo da informação, acostando os demonstrativos analíticos às folhas 366 a 371 (relativo a infração 1) e 455/456 (relativo a infração 2), nos quais são indicadas as mesmas colunas dos originalmente trazidos ao autos, fls. 07 a 18 e 20 a 33.

Acostaram, ainda, em relação à infração 1, um outro demonstrativo analítico mais detalhado, fls. 372 a 378, constando as seguintes colunas: Número da Nota Fiscal; Valor da Nota Fiscal; MVA; Valor Bruto; Valor da Redução; Valor da Base de Cálculo; ICMS; Valor da Dedução e ICMS Devido.

Também foram acostadas as cópias da notas fiscais que embasaram os demonstrativos das duas infrações às folhas 379 a 478.

Observei, ainda, que foram concedidos ao autuado todos os prazos legais para oferecimento de contestação, inclusive reabertura do prazo para manifestação, em mais 04 (quatro) oportunidades, além do prazo inicial de 30 dias para defesa, e, por isso, não há que se falar em inobservância dos princípios da legalidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Entendo que não houve nenhuma preterição do direito de defesa nos atos praticados e nas decisões proferidas nos autos do presente processo administrativo tributário, prova maior é que o sujeito passivo se manifestou em 05 (cinco) oportunidades.

A 1ª manifestação defensiva, folhas 39 a 60, em 28 de janeiro de 2008, ocorreu em decorrência da intimação da existência do referido Auto de Infração.

A 2ª manifestação defensiva, folhas 483 a 495, em 15 de agosto de 2008, após receber cópia dos demonstrativos e do novo demonstrativo de débito, revisados e reduzindo o valor da infração 1 de R\$1.009.013,13 para R\$528.754,56, 910.975,25 para R\$ 39.431,86.

A 3ª manifestação defensiva, folhas 778 a 783, em 23 de dezembro de 2008, após receber cópia do resultado da 1ª diligência juntamente com os demonstrativos revisados e do novo demonstrativo de débito realizado quando da diligência, reduzindo, mais uma vez, o valor da infração 1 de R\$1.009.013,13 que já havia sido reduzido para R\$528.754,56 na informação fiscal, e nessa diligência foi reduzido para R\$ 462.501,70, e a Infração 02, teve sua redução mantida de R\$ 910.975,25 para R\$ 39.431,86.

A 4ª manifestação defensiva, fls. 933 a 939, em 25 de maio de 2009, em relação à 2ª diligência.

E finalmente, a 5ª manifestação defensiva, fls. 1.053 a 1.058, datada de 26 de abril de 2010, em relação à diligência que atendeu o pedido de reabertura, mais uma vez, do prazo de defesa (mais 30 dias).

Logo, resta claro que além de exercer seu direito de defesa, manifestando 04 (quatro) vezes, durante o período de janeiro de 2008 até abril de 2010, totalizando quase 28 (vinte e oito meses), portanto, sendo um prazo extremamente superior ao previsto no RPAF/BA para apresentação defesa, que é de 30 dias.

Durante essas 05 (cinco) manifestações defensivas, o contribuinte autuado acostou diversos documentos, sendo muitos dos quais acatados pelos autuantes, tanto na informação fiscal como nas diligências realizadas, o que resultou da redução do valor histórico do débito de R\$ 1.919.988,38 para R\$ 501.933,56, correspondendo a uma redução do débito em 74% do valor original.

Assim, entendo que não resta dúvida que o sujeito passivo exerceu seu amplo direito de defesa, fato que lhe foi possibilitado mediante a entrega dos demonstrativos e cópia das notas fiscais, tendo o contribuinte se manifestado e acostado documentos nas diversas peças defensivas. Portanto, não houve nenhuma ofensa dos dispositivos legais, razão pela qual não pode ser acolhida a preliminar de nulidade argüida pela defesa.

Quanto ao pedido de diligência, conforme já acima informado, foram realizadas 03 (três) diligências fiscais, razão pela não vejo necessidade de uma nova diligência a ser realizada pela ASTEC. Assim, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, "a", também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos, inclusive quando das 2 diligências realizadas, são suficientes para decidir com relação a presente lide.

Superada as questões preliminares, passo a análise do mérito da autuação.

O sujeito passivo é contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, na forma prevista no Capítulo II do RICMS/97, exercendo a atividade de comércio atacadista de medicamento e drogas de uso humano.

Por exercer a atividade acima indicada, encontra-se sujeitos às normas da substituição tributária relativas as operações com produtos farmacêuticos.

Nessa condição o contribuinte tem por obrigação atender as normas legais do Estado da Bahia e os Acordos Interestaduais (Convênios e Protocolos) celebrados com os demais Estados da Federação, em especial, o Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos.

Não é demais ressaltar que os fatos geradores objeto da lide ora em análise ocorreram durante o exercício de 2002.

No período objeto da autuação, a redação vigente da Cláusula primeira, estabelecia que nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações de entrada para uso ou consumo do destinatário.

A redação acima vigorou até 31.12.2002, quando houve nova redação dada ao caput da cláusula primeira pelo Convênio ICMS 147/02, efeitos a partir de 01.01.03.

Entretanto, o Estado de São Paulo, por intermédio do Decreto nº 42.346, de 17.10.97, publicado no Diário Oficial do Estado de 18.10.97, com efeitos a partir de 1º.11.97, denunciou o Convênio ICMS 76/94, de 30.06.94, motivando a publicação do ATO COTEPE ICMS Nº 15/97, de 20 de outubro de 1997, o qual declara que não se aplica ao Estado de São Paulo das normas contidas no Convênio ICMS 76/94, de 30.06.94.

Como consequência da não aplicabilidade das normas contidas no convênio acima, em relação ao Estado de São Paulo, as operações objeto da autuação em exame ocorreram sem a retenção do ICMS relativo a substituição tributária.

Nesta situação, o autuado ao realizar aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, pelo fato do estado de origem não mais ser signatário do convênio de medicamento, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, conforme determinação do Artigo 371 do RICMS/97.

Conforme acima analisado o sujeito passivo apresentou cinco manifestações e igualmente os autuantes se manifestaram cinco vezes, prestando informação ou realizando diligências, tendo acatado diversos documentos apresentados pela defesa, resultando na redução do débito originalmente autuado de R\$ 1.919.988,38 para R\$501.933,56.

Ocorre que, o impugnante, após receber cópia dos resultados das informações fiscais e diligências, com seus respectivos demonstrativos e levantamentos, continuou questionando o imposto remanescente, apresentado nova impugnação às folhas 933 a 939 e 1.053 a 1.058 a qual passo a analisar as questões de mérito, pois as preliminares já foram analisadas.

Em sua defesa o autuado alegou que parte do débito, relativo Notas Fiscais nºs 62.010, 120.319, 196.446, 5200.203, 200.204, 66.556, 71.824, 74.993, 75.552, 75.552, 75.866, 124.819, 181.980, 184.400, 209.457, 209.611, 211.977, 211.979, 211.980, 212.361, 212.362, 212.776, 212.872, 213.124, 215.120, 215.121, 215.146, 215.836, 229.909, 222.910, 223.073, 2258.803, 225.804, 4479.982, 448.395, 448.396, 450.499, 451.948, 451.950, 195.029, 194.308, 224.785, 225.271, 225.799, 225.800, 226.267, 226.902, 460.654, 86.265 e 474.218, teria sido quitado no Auto de Infração Nº 210432.0003/06-0.

Entendo que essa alegação da impugnante não pode prosperar pelos motivos que passo a expor.

No Auto de Infração Nº 210432.0003/06-0, citado pela defesa, nele é imputa ao autuado 05 infrações. Observa-se que a imputação que tem relação com o presente lançamento é a infração 4, pois as demais tratam de materiais diferentes das tratadas na autuação ora em lide.

Entretanto, não basta que a matéria seja a mesma para que exista a cobrança em duplicidade alega pela defesa. É necessário, preliminarmente, analisar se os períodos constantes dos dois autos são iguais.

Havendo comprovação de que os períodos foram os mesmo, seria necessária uma análise mais aprofundada, documento por documentos.

Ocorre que o Auto de Infração objeto da presente lide se retorta aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2002, conforme folhas 01 e 02 dos autos.

Por sua vez, o Auto de Infração Nº 210432.0003/06-0, citado pela defesa, retorta-se aos fatos geradores ocorridos no período 12/2004 a 03/2005 e 06/2005 e 07/2005, conforme consta do Voto consignado no ACÓRDÃO JF Nº 0150-03/08.

Logo, confrontando os dois Autos acima constatei que não existe nenhuma coincidência relativa aos períodos autuados. No presente caso, o período autuado é de janeiro a dezembro de 2002, enquanto que, no auto trazido pela defesa, o período autuado foi 07/2005, fato que comprova a inconsistência do argumento deferido. Infração Nº 210432.0003/06-0.



De igual modo não pode ser acolhido o argumento defensivo de que parte do débito, relativo às Notas Fiscais nºs 58.311, 203.752, 204.024, 184.591, 184.594, 184.916, 512.818, 512.819, 191.082, 195.148, 195.363, 213.255, 213.256, 51.842, 201.248, 201.249, 201.424, 215.261, 216.939, 217.663 e 523.218, teria sido quitado mediante Auto de Infração Nº 20693, cujo número correto é 206930.0003/03-8, uma vez que, apesar de se tratar de falta de recolhimento do ICMS por antecipação e ter coincidência em parte do período autuado, pois se refere ao período de janeiro a novembro de 2002, ou seja, somente não existindo coincidência em relação ao mês de dezembro de 2002, o qual somente consta no Auto em lide, não sendo objeto de autuação do Auto de Infração anterior.

Neste caso, é necessário um exame mais aprofundado do AI 206930.0003/03-8 e do AI em lide, conforme segue.

Às folhas 719 a 728 do presente PAF, constam cópias do demonstrativo do levantamento fiscal relativo ao AI citado pela defesa (206930.0003/03-8). Analisando o citado demonstrativo constatei que as notas fiscais citadas pela defesa, em sua quarta manifestação defensiva, não constam do referido levantamento. Portanto, não procede a alegação defensiva de que foram quitadas na autuação, uma vez que não foram objeto de autuação anterior.

Quanto a alegação defensiva de que os produtos constante das Notas Fiscais nºs 26519, 26696, 26708, 165583, 26823, 26963, 27048, 27099, 27197, 27199, 27206, 27211, 27559, 27639, 171405, 28114, 28284, 28395, 28466, 28540, 28666, 28699, 28748, 28788, 28949, 28966, 187875, 29242, 29286 29288 e 195029, são dietas alimentícias e tiveram o ICMS pago por conta corrente, não pode ser acolhido, uma vez que os produtos constantes das citadas notas fiscais, cujas cópias encontram-se acostadas ao PAF às folhas 87, 88, 89, 90, 111, 112, 113, 114, 116, 387, 118, 120, 644, 144, 145, 656, 657, 147, 148, 152, 153, 154, 176, 401, 403, 405, 177, 178, 207, 208, 209, 224, 225, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 252, 255, 584, 283, 284 e 285, possuem a classificação fiscal na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH prevista no Convênio ICMS 76/94, nos item I e II, abaixo transcrita, com a redação da época dos fatos geradores, estando enquadrado na substituição tributária:

CLASSIFICAÇÃO NBM/SH

Item	Descrição	Código
I	Soro e vacina	3002
II	Medicamentos	3003 - 3004

Relativamente às Notas Fiscais nº 83.129 e 86.265, afirma o contribuinte que foram pagos conforme documento às folhas fls. 947 a 960. Como bem reiteraram os autuantes sua informação, tais documentos são relatórios de trabalho internos da SEFAZ para analisar o correto preenchimento dos arquivos magnéticos, tratando-se de programa desenvolvido pela SEFAZ denominados SVAM utilizando em uma etapa anterior ao início da fiscalização e que tem a única finalidade de verifica a consistência de informações constantes nos arquivos magnéticos entregues pelos contribuintes. Tais relatórios analisam os valores dos registros 50, 54 e 53 dos arquivos magnéticos e através de cálculos lógicos verificam se as informações estão consistentes. Ainda no mesmo relatório, é feita a análise de notas fiscais constantes do Registro 50 e que não possuem a correspondente nota no Registro 54 (itens de mercadorias). Esta análise é feita para verificar se os arquivos magnéticos estão prontos para embasar uma fiscalização ou se é necessário que o contribuinte efetue a retificação das mesmas e nada tem a ver com pagamentos efetuados pelo contribuinte. Assim, caberia ao impugnante ter apresentado cópia dos DAE's para comprovar os recolhimentos dos referidos valores objeto da autuação.

Em relação ao medicamento EPREX, Notas Fiscais nºs 206221 e 228243, conforme pesquisa realizada no site *Folheto.net*, o mesmo contém epoetina alfa, proteína que estimula a medula óssea a produzir mais glóbulos vermelhos do sangue, que transportam a hemoglobina (uma substância que transporta o oxigênio). A epoetina alfa é uma cópia da proteína humana, eritropoietina e actua de forma idêntica. O EPREX é utilizado para tratar a anemia associada com as doenças renais: em crianças em hemodiálise; em adultos em her na anemia grave nos adultos ainda não submetidos à diálise, pa receber quimioterapia para tumores sólidos, linfomas ou mielom

anemia moderada e anemia moderada que vão ser submetidos a uma cirurgia ortopédica (por exemplo, para operações da bacia ou joelho), reduzindo a necessidade de transfusões sanguíneas. Portanto, o referido medicamento não se caracteriza como produto quimioterápico exclusivo, pendente da utilização em que for empregado, pois a isenção somente ocorre quando usados no tratamento do câncer, conforme inciso IV, Art. 17 do RICMS/BA.

Quanto a MVA constante no levantamento fiscal, entendo que foi corretamente aplicada, pois o Convênio ICMS 76/94 determina no parágrafo primeiro da Cláusula segunda que a base de cálculo do ICMS-ST, quando não utilizado o PMC, será a aplicação da MVA cuja alíquota depende das listas negativa, positiva ou neutra. Ademais, na informação fiscal, fls. 1.000 e 1.001 e anexos às folhas 1.002 a 1.032, os autuantes esclareceram a forma de obtenção da Base de Cálculo e do conseqüente imposto devido, inserido nas planilhas colunas identificadoras que trazem todas as informações necessárias para o entendimento da obtenção o referido imposto, levantamentos que foram entregues ao sujeito passivo e posteriormente foi reaberto o prazo de defesa (30 dias). Coincidentemente, as mercadorias objeto do presente Auto de Infração foram todos da Lista Neutra do Convênio ICMS 76/94, baseado em planilhas entregues pela própria autuada nos demonstrativos do cálculo da Antecipação Tributária.

Ressalto que ao percentual de 10,75% de repasse alegado pelo contribuinte em sua impugnação destina-se a equalizar as diferentes alíquotas existentes nas diferentes Unidades da Federação quando se toma por base exclusivamente o Preço Fabrica – PF (dos Laboratórios). No presente caso tomou-se para Base de Cálculo o Preço da Operação como visão conservadora no intuito de não prejudicar o contribuinte, tendo em vista existir descontos de até 60% concedido nas notas fiscais, como bem ressaltaram os autuantes.

Ante ao acima exposto, acato o resultado da diligência fiscal realizada às folhas 705 a 707, que concluiu pelas exclusões de diversas notas fiscais, pois foram comprovadas mediante documentos fiscais acostados pela defesa, os quais foram conferidos e acatados parcialmente pelo preposto fiscal, enquanto que a parte não acatada da impugnação já foi analisa acima. Logo, as infrações 01 e 02 restaram parcialmente caracterizadas, nos valores respectivos de R\$ 462.501,70 e R\$ 39.431,86, conforme valores mensais constantes às folhas 706 e 707.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$501.933,56.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **282219.1201/07-6**, lavrado contra **MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$501.933,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BARCELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MÁRIO DE /