

PROCESSO - A. I. Nº 299166.0412/08-1
RECORRENTE - DSL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. (MULTIFARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0128-05/09
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 12/08/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0229-11/11

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovada a condição de contribuinte atacadista, fornecendo exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos. Nota fiscal, objeto da autuação, consta de outro Auto de Infração, com parcelamento deferido. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**, pela **EXTINÇÃO** do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª JJF, proferida no Acórdão JJF nº 0128-05/09, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias para exigir o imposto, no valor de R\$5.375,71, acrescido da multa de 60%, por: *“Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 adquiridas para comercialização procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado”*.

Obedecidos aos trâmites legais, o autuado apresentou, através de procurador, impugnação tempestiva ao Auto de Infração (fls. 42 a 46) e o autuante prestou informação fiscal (fl. 60).

Na Decisão, a JJF afastou a preliminar de nulidade, sob a fundamentação de que a indicação incompleta, no Auto de Infração, da razão social do contribuinte em nada interferiu na instauração do contraditório, sendo garantido ao sujeito passivo, e por ele exercido, tempestivamente, o direito de defesa.

Meritoriamente registrou que a empresa, na condição de comercial atacadista de medicamentos e drogas de uso humano (fls. 32 a 35), tinha obrigação de realizar a antecipação tributária das mercadorias que adquirisse para comercialização em operações interestaduais, consoante disposto no artigo 125, II, do RICMS.

Assegurou a clareza da regra de se efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária na entrada da mercadoria no território do Estado, exceto quando a empresa destinatária da mercadoria, atendidos os requisitos do § 7º do artigo 125, solicitasse credenciamento para pagamento no dia 25 do mês seguinte ao das entradas, sobre o total das mesmas.

A JJF aduziu que o documento de fl. 13 comprovava o indeferimento do pedido de credenciamento da empresa, fato reforçado pelo Resumo Fiscal de fls. 34 e 35 e, por conseguinte, o recolhimento do ICMS relativo à antecipação sobre os medicamentos adquiridos deveria ser realizado na entrada da Bahia, o que não aconteceu.

Ademais, a ação fiscal iniciou-se em 13 de agosto de 2008, sendo lavrado o Auto de Infração às 9h22min e, às 10h20min do mesmo dia, impressa informação do sistema de Pareceres tributários acerca da situação de “descredenciada” do autuado.

De outra parte, os dados de recolhimento apresentados para tentar elidir a ação fiscal comprovavam ter sido eles realizados *a posteriori*, vez que, embora realizados no mesmo dia (13 de agosto de 2008), consumaram-se às 13h45min29s (fl. 49) e 16h17min42s, ou seja, não mais se prestariam para sanar as irregularidades verificadas.

Além disso, o DAE de fl. 50 indicava nota fiscal de numeração diversa daquela constante da autuação: 28.158 (errada), ao invés de 28.198 (correta), aspecto que o invalidava como meio de prova a favor da tese empresarial, enquanto o DAE de fl. 52, embora dissesse respeito à nota fiscal integrante do processo, foi pago posteriormente ao início da ação fiscal, embora possa ser considerado para efeito de abatimento na oportunidade do pagamento do débito.

Assim, a JfF julgou Procedente o Auto de Infração, posto que comprovada a infração à legislação tributária, não tendo o autuado conseguido elidi-la.

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância, o contribuinte apresentou, em tempo hábil, o Recurso Voluntário de fls. 76 a 77, aduzindo que, sem ser intimado, o Auto de Infração foi julgado procedente, resultando numa dívida no valor de R\$5.375,71, acrescida de multa de 60%, pela diferença de imposto devido nas Notas Fiscais de nºs 028198 e 601539.

Destacou que a referida operação (Notas Fiscais nºs 028198 e 601539) foi objeto de nova fiscalização por parte da INFAZ ATACADO, resultando no Auto de Infração nº 279804.0004/09-7, que englobava o anterior, tendo reconhecido a procedência das infrações e solicitado o parcelamento dos débitos, no valor de R\$24.743,95, registrado no SIPRO sob nº 065096/2009-5, Parcelamento nº 389609-9, tendo a primeira parcela, no importe de R\$2.038,29, sido paga no dia 30/04/2009, consoante comprovam os documentos anexados ao feito.

Concluiu na linha de ter demonstrado se encontrar a mesma infração inserida em dois autos de infração distintos, quais sejam, o presente (nº 299166.0412/08-1) e o Auto de Infração nº 279804.0004/09-7, e, face o parcelamento do segundo, restaria prejudicado o ora combatido, sob pena de se incorrer em cobrança em duplicidade do mesmo imposto sobre o mesmo fato gerador, o que se apresentaria como manifestamente ilegal.

Requeru que fossem as razões recursais conhecidas e providas, de forma a declarar improcedente o Auto de Infração nº 299166.0412/08-1, por se apresentar englobado em outro.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS para emissão de Parecer, o Órgão, após análise dos argumentos e documentos apensados aos autos e observação de que as notas fiscais objetos desta autuação também se encontravam indicadas no Auto de Infração nº 279804.0004/09-7, lavrado em 31/03/2009, porém, com valores divergentes dos consignados nesta procedimentalidade, sugeriu a realização de diligência, objetivando apurar a existência de duplicidade de cobrança, e, caso positivo, se tal fato teria sido apreciado pelo CONSEF na oportunidade do julgamento do Auto de Infração.

Em pauta suplementar da sessão de 18/12/2009, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, depois de examinar as peças que constituíam o feito, constatou as diferenças nos cálculos para apuração da base de cálculo do ICMS devido, relativamente às Notas Fiscais de nºs 028198 e 601539 no Auto de Infração em análise e naquele de nº 279804.0004/09-7, mencionado pelo autuado em seu Recurso Voluntário (fls. 76/98), assim como a inexistência da prova do seu parcelamento, e, acatando a sugestão da PGE/PROFIS, decidiu converter este processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para atendimento das seguintes solicitações:

- Verificar, no sistema de dados da SEFAZ/BA, se realmente existiu o pedido de parcelamento do Auto de Infração nº 279804.0004/09-7 e se foi deferido pela autoridade competente;
- Verificar se foi paga a inicial do parcelamento, acaso deferido;
- Certificar se as fotocópias de fls. 86 a 98 conferem com os documentos originais relativos ao Auto de Infração nº 279804.0004/09-7, lavrado em 31/03/2009;
- Analisar se os cálculos constantes neste Auto de Infração e naquele de nº 279804.0004/09-7 estão de acordo com a legislação pertinente, consideradas as divergências de valores citadas.

Em seguida, veio ao universo processual o Parecer ASTEC nº 153/2010 (fls. 110/111 e anexos), consignando que consta dos registros do INC - Informações do Contribuinte encontrar-se o Auto de Infração nº 279804.0004/09-7 na situação “em parcelamento” e que o cálculo do imposto no referido Auto de Infração está de acordo com o disposto no art. 61 do RICMS, concluindo que: *“Após análise dos documentos anexos ao PAF, constata-se o pagamento do ICMS por Antecipação, referente às Notas Fiscais nºs 28198 e 601539, que já haviam sido lançadas no Auto de Infração nº 279804.004/09-7 já parcelado.”*

Intimados, autuante e autuado, para se manifestar, apenas o autuante se pronuncia à fl. 128, discordando do resultado apontado pela diligência e reiterando o acerto da presente autuação.

De volta à PGE/PROFIS, esse órgão entendeu ainda existirem dúvidas a serem esclarecidas, especialmente quanto à correção ou não da base de cálculo utilizada no presente processo, se o desconto que não foi acatado pelo autuante deveria ou não reduzir o valor devido, assim como se houve ou não redução pelo CONSEF dos valores devidos no Auto de Infração nº 279804.0004/09-7, face o lançamento em duplicidade.

Em pauta suplementar da sessão de 14/04/2011, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, depois de examinar as peças que compõem o feito, verificou ter sido a PGE/PROFIS induzida em erro em razão de uma informação equivocada constante da diligência de fls. 110/111, quando se afirmou a existência de *“desconto concedido pela empresa fornecedora”*, o qual teria influenciado na composição da base de cálculo do imposto exigido nesta autuação.

Sucedendo que, ao contrário do que afirmou a diligente, a diferença de base de cálculo deste Auto de Infração não decorreu da incidência de desconto algum, mas, sim, dos seguintes fatores:

- a) No presente auto a infração foi apurada utilizando-se do PMC para a base de cálculo do ICMS (art. 61, I, do RICMS/BA).
- b) No Auto de Infração lavrado posteriormente, a base de cálculo da infração foi apurada utilizando-se o valor de aquisição dos produtos, acrescido do MVA correspondente, (art. 61, II, do RICMS/BA).

No que tange à questão se houve ou não redução pelo CONSEF dos valores devidos no Auto de Infração, lavrado posteriormente, a auditora diligente confirmou, inclusive com documentos anexos, que o referido Auto de Infração, encontra-se na situação de parcelamento.

Diante de tais constatações, entendeu a 1ª CJF inexistir necessidade de realização de diligência, devendo o PAF ser remetido à Procuradoria para Parecer conclusivo, sobretudo quanto à aplicação do PMC ou da MVA, conforme antes explicitado.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, às fls. 137/147, apresentou seu Parecer conclusivo, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, aduzindo que, face ter a CJF decidido de forma contrária a diligência, passava a exarar Parecer jurídico sobre a base de cálculo do presente Auto de Infração, abstendo-se de se manifestar acerca da duplicidade de exigências fiscais. Utilizou-se da peça processual elaborada pelo procurador Marcos André Carneiro tratando da mesma questão como Parecer no presente processo.

VOTO

O inconformismo do autuado tem por objeto reformar a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o Auto de Infração supra identificado, onde se exige ICMS no valor de R\$5.375,71, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Nas suas razões, o recorrente concentrou sua argumentação recursal na linha de que as Notas Fiscais objetos do presente lançamento fiscal também integraram o Auto de Infração de nº 279804.0004/09-7, o qual, através de pedido de parcelamento, foi reconhecido como procedente e,

consequentemente, admitida como devida a imputação sobre as duas Notas Fiscais (n^{os} 028198 e 601539).

Assim, pleiteou o recorrente que fosse declarado improcedente o Auto de Infração hostilizado, para não se incorrer em duplicidade de autuação sobre o mesmo fato gerador.

Analisada detidamente a procedimentalidade se observa assistir razão ao sujeito passivo quando afirmou terem sido as notas fiscais, que deram origem a esta ação fiscal, incluídas em outra autuação, esta última decorrente de fiscalização no estabelecimento (e não no trânsito), porém, com apuração de valores diversos, em função da utilização de critérios diferentes para determinação da base de cálculo da antecipação tributária do ICMS sobre medicamentos oriundos de outra unidade da Federação.

Nesse contexto, consultando-se os documentos presentes nos autos verifica-se que na espécie concreta analisada, o auditor utilizou-se do PMC (Preço Máximo ao Consumidor) constantes das notas fiscais, enquanto na autuação posterior (Auto de Infração n^o 279804.0004/09-7), o fiscal adotou a sistemática de determinação da base de cálculo através da aplicação do MVA, de 54,89%, sobre os preços líquidos de custo, informados nas respectivas notas fiscais, daí resultando apuração do ICMS de R\$5.375,71 e R\$3.783,53, respectivamente, com espeque no art. 61, XV, do RICMS:

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

(...)

XV - nas operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuem, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, desde que autorizados pelo titular da Superintendência de Administração Tributária, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) prevista no Anexo 88, sendo que, em relação às vendas não destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se como base de cálculo para estas operações a prevista no inciso I do § 2^o”.

Em que pese à falta de provas nesta autuação quanto ao preenchimento dos requisitos estabelecidos no inciso anterior, que autorizam a apuração da base de cálculo com base na MVA, este Conselho de Fazenda já apreciou essa questão relativamente a esse mesmo sujeito passivo e também no exercício de 2008, consoante se observa do voto a seguir transcrito, proferido no julgamento do Auto de Infração n^o 299166.0476/08-0, similar ao presente:

“Para efeito de determinação da base de cálculo da antecipação tributária do ICMS sobre medicamentos oriundos de Estado não signatário do Convênio ICMS 76/94, pleiteia o recorrente, em seu Recurso Voluntário, sob a alegação de que é um atacadista que vende exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, que se deve usar não o Preço Máximo ao Consumidor (PMC), previsto na Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, mas, sim, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA), prevista no Anexo 88, conforme preceitua a norma especial prevista no art. 61, XV, do RICMS.

Entretanto, conforme já relatado, na assentada do julgamento, o representante do contribuinte solicitou a juntada aos autos de documentos relativos ao PAF de n^o. 279804.0004/09-7, de 31/03/2009, inerente ao próprio sujeito passivo, a título de aditamento ao Recurso Voluntário, no qual se verificou a realização de auditoria da antecipação do ICMS, relativo, dentre outros documentos fiscais, à Nota Fiscal de n^o. 4745, objeto deste Auto de Infração, sub judice, cujo débito, acima referido, foi objeto de parcelamento, fato este corroborado através de diligência, à época determinada por este Colegiado, na qual o autuante do PAF acima referido, Sr. Augusto Jorge Lima Moreira, o qual realizou auditoria de comércio, asseverou, à fl. 142 do autos, que:

- 1- “Quanto a primeira questão informamos que o contribuinte é um atacadista e vende exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, tanto que na nossa auditoria de antecipação total utilizamos o MVA e não o PMC, conforme planilhas utilizadas no AI de n^o 2798040004/09-7 em anexo.”;*
- 2- “Quanto a segunda questão informamos que a nota fiscal n^o 4745 consta do parcelamento de débito realizado pelo contribuinte (parcelamento com os referidos valores em anexo) e o valor nominal do ICMS cobrado foi de R\$ 308,59, posto que o contribuinte já tinha recolhido R\$ 2.970,07 (o nosso cálculo foi feito*

com base no MVA - planilhas em anexo). Esta nota fiscal consta do levantamento do mês de dezembro de 2008, cujo valor total de ICMS exigido foi de R\$ 1.746,12.”

Sendo assim, diante de tais constatações, chegamos às seguintes conclusões:

- c) Restou comprovado que o valor do ICMS antecipação tributária, relativo à Nota Fiscal de nº 4745, constante à fl. 7 dos autos, objeto desta lide, reclamado no Auto de Infração nº 299166.0476/08-0, ora sub judice, foi exigido a mais, ou seja, no valor de R\$ 805,66 quando o correto seria R\$ 308,59, conforme demonstrado à fl. 157 deste PAF, conforme preceitua a norma especial prevista no art. 61, XV, do RICMS, visto se tratar de contribuinte atacadista com vendas exclusivas para hospitais, clínicas e órgãos públicos;*
- d) Apesar do Auto de Infração nº 299166.0476/08-0, ora em análise, ter sido lavrado anteriormente ao Auto de Infração de nº 279804.0004/09-7, uma vez que aquele ocorreu em 05/09/2008 e esse último em 31/03/2009 (fl. 143), restou comprovado que o valor do ICMS antecipação tributária, relativo à Nota Fiscal de nº. 4745, também foi exigido no aludido Auto de Infração nº. 279804.0004/09-7, cujo imposto foi recolhido através de parcelamento, datado de 29/04/2009, conforme se verifica através dos documentos de fls. 143, 157, 159 e 160 dos autos.*

Nesse contexto, comprovada a consolidação do processo de parcelamento integral relativo ao valor considerado procedente pela Junta de Julgamento Fiscal, nesse Auto de Infração, relativamente à Nota Fiscal de nº. 4745, nada mais há para ser objeto de discussão nesta instância administrativa, devendo ser extinto o presente Processo Administrativo Fiscal, relativo ao Auto de Infração epigrafo, nos termos dos artigos 156, inciso I, do Código Tributário Nacional e 122, inciso I, do RPAF/99.

Pelo exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e declaro EXTINTO o presente Processo Administrativo Fiscal, devendo ser encaminhado à repartição fiscal de origem para as providências legais cabíveis”.

Como visto no voto proferido por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, ficou devidamente comprovado que a cobrança feita através do Auto de Infração de estabelecimento nº 279804.0004/09-7, com base na MVA, está correta, tendo em vista que o sujeito passivo enquadra-se na hipótese do art. 61, XV, do RICMS, uma vez que, é estabelecimento atacadista e vende medicamentos exclusivamente a hospitais, clínicas e órgãos públicos, não se aplicando, por isso, o PMC utilizado pelo autuante na presente autuação.

Assim, considerando que o imposto relativo às duas notas fiscais ora tratadas já foi devidamente lançado e reconhecido pelo autuado em outro Auto de Infração, nada mais há para ser cobrado na presente autuação, que deve, por isso, ser julgada extinta.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar EXTINTO o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida para julgar **EXTINTO** o Auto de Infração nº **299166.0412/08-1**, lavrado contra **DSL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA. (MULTIFARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS