

**A. I. Nº** - 269353.0505/14-1  
**AUTUADO** - MEDYCAMENTHA PRODUTOS ONCOLÓGICOS E HOSPITALARES LTDA.  
**AUTUANTES** - SÉRGIO M. DE A.CARVALHO e JOSERITA Mª S. BELITARDO DE CARVALHO  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 21.03.2016

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0025-02/16**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 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, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Comprovado erro na apuração do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 15/12/2014, para exigência de ICMS no valor de R\$344.642,61, sob acusação do cometimento da seguinte infração:

01 – 07.01.02 - Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro, fevereiro abril a dezembro de 2009, conforme demonstrativos e documentos às fls.169 a 514. Em complemento consta: “recolheu a menor o ICMS devido por Antecipação Tributária, referente a aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, relacionadas no Art. 353 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, no exercício de 2009.

Consta da descrição do fato: “*O contribuinte tem por atividade econômica o comércio atacadista de medicamentos de uso humano, e efetua suas vendas majoritariamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos. Por este motivo, faz a apuração do ICMS devido por antecipação tributária utilizando a MVA prevista no Convênio 76/94, conforme autorizado pelo Parecer DITRI nº 15786 2006, de 19/12/2006. Este mesmo Parecer ressalta que, constatando-se a posteriori" o deslocamento comercial dos medicamentos para o varejo, tais parcelas seriam tributadas complementarmente com base na tabela de Preços Máximos ao Consumidor - a exemplo da tabela da ABCFarma.*

*Tomando por base o Parecer em tela, esta fiscalização fez a apuração do ICMS antecipação tributária do exercício de 2009, devido pelas entradas de mercadorias constantes do Convênio 76/94, valorando a base de cálculo pela MVA determinada pelo citado Convênio, conforme planilhas constantes do Anexo II. Ainda, sendo o contribuinte signatário do Termo de Acordo do Decreto 7799/00, foi concedida a redução da base de cálculo de 18,53%.*

*Foi constatado que o contribuinte, no exercício de 2009, efetuou vendas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária para outros contribuintes cuja atividade é diferente daquelas de hospitais, clínicas e órgãos públicos. Nestes casos, conforme determina o multicitado Parecer DITRI nº 15786 2006, de 19/12/2006, esta fiscalização apurou o valor complementar da antecipação tributária referente à diferença entre o valor obtido utilizando o PMC (Preço*

*Máximo de Venda a Consumidor constante da revista publicada pela ABCFarma) e aquele originalmente apurado utilizando a MVA determinada pelo Convênio 76/94. Os valores apurados estão nas planilhas do Anexo III.*

*Cotejando os valores apurados nas planilhas dos Anexos II e III, conforme acima descrito, com os recolhimentos efetuados pelo contribuinte a título de antecipação tributária e que constam do sistema INC da SEFAZ/BA, esta fiscalização apurou, no exercício de 2009, a ocorrência de recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária quando da aquisição de mercadorias constantes do Convênio 76/94. Os valores da antecipação tributária recolhidos a menor são aqueles constantes da planilha do Anexo I. Nesta planilha foram somados os valores da antecipação tributária apurados tomando por base a MVA determinada pelo Convênio 76/94, conforme Anexo II, com aqueles referentes à diferença entre o valor obtido utilizando o PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor constante da revista publicada pela ABCFarma) e aquele originalmente apurado utilizando a MVA determinada pelo Convênio 76/94, conforme Anexo III. Do resultado desta soma foram deduzidos os valores recolhidos pelo contribuinte a título de Antecipação Tributária. Estes valores recolhidos estão nos relatórios do Anexo IV, obtidos do sistema INC da SEFAZ/BA.*

*Tudo conforme cópia de documentos fiscais constantes do Anexo V, e cópia de livros fiscais constantes do Anexo VI".*

O autuado foi cientificado da autuação em 22/12/2014 mediante Intimação à fl.520, e através de seu advogado legalmente constituído nos autos, apresentou impugnação às fls.523 a 532 através do processo SIPRO nº 037366/2015-9, com base nos fatos e fundamentos que, a seguir, alinha.

Inicialmente, requer que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Em preliminar, suscita a decadência do direito de constituição do crédito fiscal, referente aos fatos geradores ocorridos até o dia 22/12/2009, sob o fundamento de que decorridos mais de 5 anos entre a ocorrência dos supostos fatos e a regular intimação do Contribuinte. Aduz que este pedido formulado encontra amparo na jurisprudência pátria, notadamente dos Tribunais Superiores, como, v.g., Acórdão do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Ratifica que a data base para a contagem do lapso final é a intimação do Contribuinte, conforme consta do anexo acórdão do STJ (decisão está compartilhada pelo Tribunal de Justiça da Bahia), pois se assim não o fosse o Fisco poderia se valer de autuações viciadas para eternizar o seu prazo. Ou seja, que bastaria ao Fisco, mesmo sem provas e mediante ação fiscal viciada, lavrar autos antes de findo um exercício, para depois tentar colher as provas e documentos necessários, que a decadência seria afastada. E mais ainda, sustenta que poderia a fiscalização lavrar autos em dezembro de determinado ano, somente procedendo à intimação regular do Contribuinte anos depois, para "garantir" o seu direito.

Assim, sustenta que somente com a regular intimação se concretiza o lançamento de ofício, se não for reconhecida, pelo CONSEF, a decadência de todos os fatos até 19/12/2008, o Estado certamente, e novamente, será prejudicado na esfera judicial, sofrendo os ônus da sucumbência, executada no caso acima apontado.

Como segunda preliminar, pede a nulidade do item 01 da autuação, por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, ou seja, da base de cálculo, com consequente cerceamento do direito de defesa, considerando que o Anexo I, ao AI, revela uma apuração englobada de valores, indicado que haveria divergências entre PMC e MVA, quando no AI se disse que "foi concedida a redução da base de cálculo de 18,53%".

Frisa que, existiram dois "fundamentos", diversos, para a suposição de pagamento a menor, sem apurações distintas e individualizadas, dificultando a compreensão e o livre exercício do direito

de defesa. E que consta do AI, também, que seriam aquisições de outros estados e do exterior, as quais implicam em situações diversas, que não foram identificadas e separadas.

Analisando a informação do autuante de que o estabelecimento tem por atividade econômica o comércio atacadista de medicamentos de uso humano, e efetua suas vendas majoritariamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, informou que faz a apuração do ICMS devido por antecipação tributária utilizando a MVA prevista no Convênio 76/94, conforme autorizado pelo Parecer DITRI nº 15.786, de 19/12/2006, diz que se assim agiu, ou seja, dentro da norma, entende que apenas as parcelas de mercadorias "cuja saída posterior foi destinada a contribuintes com atividades diferentes...", conforme tabela apresentada na demonstração sintética. Quanto aos demais valores, diz que seriam automaticamente indevidos, não existindo justificativa legal, nem informações que possibilitem a defesa, para a cobrança dos demais montantes. Com base nisso, com arrimo no art. 18, inciso IV, do RPAF, suscitou a nulidade do lançamento.

No mérito, supõe que, pelo teor da redação de parte da folha 02, teria se equivocado no pagamento da "antecipação" do ICMS sobre aquisições de mercadorias relacionadas nos Anexos 88 e 89, pois teria feito compras a estabelecimentos não industriais, o que impossibilitaria a aplicação da redução da base de cálculo em 28,53%, ficando esta limitada a 10%, conforme art. 3º - A, do Decreto nº 7.799/00.

Transcreve o artigo 3º-A, do Decreto nº 7.799/00 e o artigo 134 da Portaria ANVISA 802/98, para esclarecer que as compras realizadas pelo estabelecimento, na sua totalidade, se encontram adstritas aos termos regulamentares acima, em decorrência de normas de mercado, notadamente da ANVISA, que não permite aos distribuidores de medicamentos adquirir produtos em estabelecimentos outros, que não os titulares dos registros, ou seja, aos fabricantes.

Alega que sequer pode adquirir produtos que sejam distribuídos por empresas que não sejam seus titulares, significando dizer que, sendo titulares, são os mesmos os fabricantes (indústrias), e que as compras realizadas sempre são feitas mediante pedidos aos fabricantes, titulares dos registros, não se justificando se especular que existem aquisições em estabelecimentos diversos.

No caso das importações do exterior, cujas operações, conforme questão prejudicial, não foram devidamente identificadas, os estabelecimentos são industriais, por equiparação legal consoante o disposto no artigo 9º, inciso I, do RIPI.

Argumenta que os estabelecimentos que lhe venderam produtos importados, de procedência estrangeira, para todos os efeitos legais, são EQUIPARADOS a estabelecimento industrial, além de, no caso concreto, não fugirem à regra da Portaria ANVISA 802/98. Assim sendo, sustenta que não infringiu a norma que limita a aplicação da base de cálculo nas aquisições feitas diretamente a industriais, pois os seus fornecedores são os detentores dos registros dos produtos (e assim os fabricantes), bem como às vezes, de forma concomitante, assumem legalmente o status de indústria, por equiparação. Diz que são os mesmos meros "representantes" das indústrias no Brasil, que credenciam empresas brasileiras para vender seus produtos.

Aduz que analisando questão semelhante, em outro ramo de atividade, quando se discutia, para fins de concessão de crédito presumido, a "equiparação" em uma situação de "industrialização por encomenda", a PGE/PROFIS emitiu o brilhante Parecer anexado, reconhecendo que a legislação do IPI deve ser seguida e que a norma somente deixará de ser inócua se produzir efeitos, ou seja, se aplicada de modo efetivo. No caso concreto, diz que apesar de ser relativo a outro ramo de atividade, não é diferente, por entender que se a legislação faz expressa equiparação do vendedor de produto importado do exterior ao industrial, todos os efeitos decorrentes da ordem normativa devem ser respeitados.

Destaca que o CONSEF acatou o pronunciamento da PGE/PROFIS no caso acima mencionado e julgou, de forma unânime, o Auto de Infração nº 2068470028068, referido no aplaudido Parecer Jurídico.

Destaca, ainda, que a produção e comercialização de produtos farmacêuticos, de acordo, v.c., com a Portaria nº 2.814/GM, do Ministério da Saúde, seguem rígidas normas, que devem ser observadas pelos produtores, importadores, distribuidores etc. No caso, sendo credenciada pelos fabricantes, exerce atividades sujeita a mais controle ainda, posto que vende para hospitais, clínicas, pronto socorros, notadamente dos Poderes Públicos. Com base nisso, aduz que negar o tratamento previsto no RIPI aos produtos importados é impor grave e ilegal restrição à entrada dos produtos no território nacional, com sérios reflexos na saúde pública.

Ante o exposto, ressaltando inexistir qualquer dúvida de que adquiriu os produtos, exclusivamente, nas indústrias, e por vezes a estabelecimentos que, além de fabricantes detentores dos registros respectivos, também são equiparados a “estabelecimentos industriais”, não há que se falar em ofensa à norma estadual, estando correta a redução de base de cálculo aplicada sobre as mesmas operações.

Além disso, afirma que os autuantes cometeram equívocos, pois, conforme relação no levantamento fiscal, dentre aqueles considerados como não sendo “clínicas, hospitais e órgãos públicos”, acobertados pela norma, foram indevidamente assim considerados, por exemplo, o Hospital Santa Izabel, Hospital São José, Petrobrás e Universidade Federal.

Apresentou às fls.529 a 532, listagem dos contribuintes que considerou equivocada e que deu margem a autuação.

Por fim, solicita a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos e, visando separar as aquisições interestaduais das do exterior, revisão por fiscal estranho ao feito, pede que seja reconhecida a nulidade da autuação, a decadência do direito de constituição do crédito tributário (fatos ocorridos até 22/12/2009), ou a improcedência do lançamento de ofício.

Na informação fiscal às fls.954 a 956, os autuantes repetem o pedido do sujeito passivo para que todas as intimações referente ao feito sejam direcionadas aos advogados regularmente constituídos.

Quanto a contestação do lançamento efetuado, relativo ao exercício de 2009, sob o fundamento de já haver sido atingido o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, os autuantes reportam-se ao § 4º do Art. 150 do CTN, e o § 1º do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, Lei 3.956 de 11/12/1981, transcrevendo-os, para argüir que ficou provado ser totalmente descabida a pretensão da defesa de considerar decaído o direito da Fazenda Pública de constituir os créditos tributários não lançados pelo contribuinte no exercício de 2009.

Resumiram as alegações defensivas de que a descrição do fato é de difícil compreensão; que seria nula a autuação *por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, ou seja, da base de cálculo, visto que, o Anexo I, ao AI, revela uma apuração englobada de valores, indicado que haveria divergências entre PMC e MVA; e que existiriam dois “fundamentos”, diversos, para a suposição de pagamento a menor, sem apurações distintas e individualizadas, dificultando a compreensão e o livre exercício do direito de defesa.*

E esclareceram que está posto no Auto de Infração que o autuado, por efetuar vendas majoritariamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, faz a apuração do ICMS devido por antecipação tributária utilizando a MVA prevista no Convênio 76/94, conforme autorizado pelo Parecer DITRI nº 15786 2006, de 19/12/2006. Salienta que este mesmo Parecer ressalta que, *constatando-se “a posteriori” o deslocamento comercial dos medicamentos para o varejo, tais parcelas seriam tributadas complementarmente com base na tabela de Preços Máximos ao Consumidor - a exemplo da tabela da ABCFarma.* Assim, explicam que, tomando por base o citado Parecer, no Anexo II foi apurado o ICMS devido por antecipação tributária relativo às entradas de mercadorias, oriundas de outros estados da federação e do exterior, utilizando a MVA. Já no Anexo III, dizem que foi apurado o valor referente à diferença entre o valor do ICMS antecipação tributária obtido utilizando o PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor constante

da revista publicada pela ABCFarma) e aquele originalmente apurado utilizando a MVA determinada pelo Convênio 76/94, para as entradas com posterior saída para contribuintes com atividade econômica diferente de hospitais, clínicas e órgãos públicos. Dizem mais, que determinado o valor do ICMS devido por antecipação tributária, conforme Anexos II e III, fez o confronto com os valores recolhidos pelo contribuinte e que constam dos sistemas da SEFAZ/BA, elaborando a planilha constante do Anexo I, onde estão lançados os valores apurados conforme os Anexos II e III, e os recolhimentos efetuados pelo contribuinte. Por conta disso, afirma que resta provado que a exigência esta restrita a recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária, que foi apurado de forma individualizada conforme demonstram os Anexos II e III, nos termos do Convênio 76/94 e do multicitado Parecer DITRI nº 15786 2006, de 19/12/2006.

Quanto ao argumento de que agiu “...dentro da norma, apenas as parcelas de mercadorias cujas saídas posteriores foram destinadas a contribuintes com atividades diferentes...”, conforme tabela apresentada na demonstração sintética.....” ressaltam que não encontrou argumentos que sustentem o que pede o autuado, mantendo o que está posto no presente Auto de Infração.

Sobre a alegação que não foi concedida, quando da apuração dos valores devidos por antecipação tributária, a redução de 28,53% da base de cálculo prevista no Decreto 7799/00, os autuantes dizem que o exame das planilhas constantes dos Anexos II e III, fls. 17 a 334, indica o contrário, ou seja, que foi concedida a aludida redução.

No tocante a alegação de que foram cometidos equívocos ao considerar como não sendo “clínicas, hospitais e órgãos públicos”, acobertados pela norma, dizem que crê que nestes itens de sua peça, a defesa trata da apuração do valor complementar da antecipação tributária referente à diferença entre o valor obtido utilizando o PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor constante da revista publicada pela ABCFarma) e aquele originalmente apurado utilizando a MVA determinada pelo Convênio 76/94, para as entradas cujas saídas destinaram-se a contribuintes com atividades diferentes daquelas de clínicas, hospitais e órgãos públicos. Informa que tal procedimento, como já dito anteriormente, consta do Parecer DITRI nº 15786 2006, de 19/12/2006, cuja apuração está nas planilhas do Anexo III, fls. 201 a 334. Apresentaram fls.545 a 546, a listagem contendo o CNPJ, razão social e atividade dos destinatários constantes das planilhas do Anexo III, tendo esclarecido que tais informações foram obtidas junto à Receita Federal do Brasil, endereço [http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva\\_Solicitacao.asp](http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp).

Analisando a relação de contribuintes destinatários acima citados, os autuantes declararam ter constatado que houve a inclusão, indevida, dos contribuintes de CNPJ 13.572.714/0001-16; 14.019.368/0001-06; 14.168.470/0001-73; 15.153.745/0002-49; 15.180.714/0002-87 e 15.234.123/0001-64. Informou que procedeu a exclusão destes contribuintes das planilhas às fls. 201 a 334, conforme novas planilhas apresentadas no Anexo III, às fls.549 a 680, cujos valores devidos por antecipação tributária recolhidos a menor passarão a ser os que constam da nova planilha do Anexo I, fls.548.

Quanto a decadência alegada na defesa, dizem que falta argumentos capazes de sustentar tal pedido, pelo que fica impedido de acatar tais pedidos.

Concluem dizendo que tendo feito as correções pertinentes nos lançamentos efetuados, pugna que sejam os mesmos julgados procedentes.

Conforme intimação à fl.681, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 542 a 547 e demonstrativos às fls.548 a 680, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls.683 a 685 18/5/2015 SIPRO nº 094572/2015-0, argüindo o que segue.

Renovou que todos os termos da defesa, inclusive as preliminares, e o pedido de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa.

Destaca que na informação fiscal nada foi acrescentado que possa servir de suporte ao lançamento, inclusive, no que tange à decadência, diante do disposto na Lei 4.825/89 (que revogou o título II, da Lei 3.956/81) e no art. 8º, da Lei 13.199/14.

Reitera, também, a solicitação de nulidade do item 01 da autuação, por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, ou seja, da base de cálculo, com consequente cerceamento do direito de defesa, considerando que o Anexo I, ao AI, revela uma apuração englobada de valores, indicado que haveria divergências entre PMC e MVA, quando no AI se disse que "foi concedida a redução da base de cálculo de 18,53%", configurando fundamentos diversos, como, aliás, acabou sendo admitido às fls. 543 e 544, onde diz, inclusive, que não entendeu os argumentos apresentados. Salienta que "se os esclarecimentos agora prestados servissem para aclarar os fatos, haveria que se determinar a reabertura do prazo de defesa, sendo insuficiente a simples concessão do prazo de 10 dias. #

No mérito, também ratificou toda a defesa, de logo destacando que os itens 12 a 22 não foram combatidos, sendo tratados, conforme fls. 544, como atinentes, apenas, à questão da "ausência de aplicação da redução de 28,53%", o que sequer foi expressamente suscitado. Esclarece que o que foi afirmado na defesa, item 11, foi que "pelo teor da redação de parte das fls. 02, teria se equivocado no pagamento da "antecipação" do ICMS sobre aquisições de mercadorias relacionadas nos Anexos 88 e 89, pois teria feito compras a estabelecimentos não industriais, o que impossibilitaria a aplicação da redução da base de cálculo em 28,53%, ficando esta limitada a 10%, conforme art. 3º - A, do Decreto nº 7790/00. A partir dessa "suposição" (criada pela insegurança na determinação da infração), teceu os argumentos dos itens 12 a 22, que então não foram contestados (inclusive com ofensa ao art. 127, § 6º, do RPAF).

Com relação ao acolhimento, parcial, das alegações dos itens 23 e 24, da defesa, destaca que os autuantes acataram que seria indevida a inclusão de 6 CNPJs, cujas vendas seriam destinadas a consumidores finais (hospitais etc). Contudo, diz que mantiveram vendas destinadas a outros consumidores finais, estabelecimentos que, pela natureza das atividades, certamente não revendem os medicamentos adquiridos, e são os estabelecimentos, listados na informação, que possuem CNPJs 02.257.655/0001-75, 10.277.281/0001-88, 13.526.884/0001-64, 13.927.934/0001-15, 15.233.646/0001-96, 32.808.669/0009-58, 33.000.167/0236-67 e 60.664.828/0012-29, que por óbvio adquiriram os medicamentos para uso em suas unidades internas de pronto atendimento.

Finaliza solicitando novamente a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos e, visando separar as aquisições interestaduais das do exterior, revisão por fiscal estranho ao feito, pede que seja reconhecida a nulidade da autuação, a decadência do direito de constituição do crédito tributário (fatos ocorridos até 22/12/2009), ou a improcedência do lançamento de ofício.

Na informação fiscal de fls. 691 a 693, os autuantes, em relação a alegação de que nada foi acrescentado que possa servir de lastro ao lançamento, consideraram descabida tal conclusão dizendo que posicionaram-se de forma bastante clara na Informação Fiscal prestada às fls. 542 a 543 sobre a pertinência dos lançamentos efetuados.

Quanto a alegação de *insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, ou seja, da base de cálculo, observa que se manifestaram* de forma clara, tanto no corpo do Auto de Infração quanto na Informação Fiscal prestada às fls. 542 a 680, sobre a forma como foi apurado o ICMS devido por antecipação tributária recolhido a menor, cabendo ainda esclarecer que em momento algum da Informação Fiscal o autuante admitiram a existência de "...fundamentos diversos..." na apuração da infração em tela.

Quanto à afirmação da autuada de que os autuantes “....*não entendeu os argumentos apresentados.*”, acreditam que a autuada refere-se ao seu posicionamento na Informação Fiscal que a seguir transcreveram: “*10. Se assim agiu a Autuada, ou seja, dentro da norma, apenas as parcelas de mercadorias "cujas saídas posteriores foram destinadas a contribuintes com atividades diferentes..." , conforme tabela apresentada na demonstração sintética. Os demais valores seriam automaticamente indevidos, não existindo justificativa legal, nem informações que possibilitem a defesa, para a cobrança dos demais montantes. Pede, portanto, com arrimo no art.18, inciso IV, do RPAF, a nulidade do lançamento.*”

Quanto as citações referentes a ausência de aplicação da redução da base de cálculo, salientam que todas estas citações tem por finalidade alegar que tem direito à redução da base de cálculo de 28,53% prevista no art. 3º-A do Decreto 7799/00. Questão que dizem já ter se posicionado na informação fiscal anterior.

No tocante a alegação de que na informação fiscal havia acatado *que seria indevida a inclusão de 6 CNPJs, cujas vendas seriam destinadas a consumidores finais (hospitais etc)*, argumentam que nenhum dos contribuintes acima referidos são clínicas, hospitais ou órgãos públicos. Deste modo, dizem que a defendente manifesta-se de forma equivocada, eis que o Parecer DITRI nº 157862006, de 19/12/2006, ao autorizar a aplicação da MVA na apuração da antecipação tributária diz que, caso hajam vendas destinadas a estabelecimentos com atividade diferente de clínica, hospitais e órgãos públicos, estas devem ser tributadas complementarmente como base na tabela de Preços Máximos ao Consumidor - a exemplo da tabela da ABCFarma, como procedeu esta fiscalização.

Consideraram que carece totalmente de qualquer fundamento a decadência dos fatos ocorridos até 22/12/2009 suscitada novamente pelo defendente.

## VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/997, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante às fls.31 a 113-A.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Analisando a preliminar de nulidade da autuação, a pretexto de insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, ou seja, da base de cálculo, com consequente cerceamento do direito de defesa, verifico que não assiste razão ao defendente, visto que os valores lançados no demonstrativo de débito do auto de infração, encontram-se devidamente demonstrados na planilhas às fls.16 a 334, nas quais é possível identificar com segurança a origem dos números nelas consignados, e os respectivos cálculos. Além disso, foi argüida preliminar de erro da base de cálculo, com consequente cerceamento do direito de defesa, considerando que o Anexo I, ao AI, revela uma apuração englobada de valores, indicado que haveria divergências entre PMC e MVA, quando no AI se disse que "foi concedida a redução da base de cálculo de 18,53%". Ademais, se de fato conforme alegado existem erros na apuração dos valores em desacordo com a legislação, tal assertiva por se tratar de questão meritória, será oportunamente apreciada.

Cumpram observar que na informação fiscal de fls. 542 a 543, da qual o autuado teve ciência, os autuantes se posicionaram de forma bastante clara, ou seja, justificaram a origem dos valores e o cálculo dos débitos lançados no auto de infração, necessários à perfeita compreensão dos fatos

argüidos na peça defensiva, o que permitiu ao sujeito passivo exercer a ampla defesa e o contraditório.

Quanto a argüição de que a acusação fiscal contempla aquisições efetuadas em outros estados da Federação e do exterior, pelo esclarecimentos prestados no corpo do auto de infração, no campo "descrição dos fatos" e na informação fiscal, e por tudo o mais que constam nos autos, ficou evidente que a exigência fiscal se refere exclusivamente a substituição tributária sobre aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, inclusive de acordo com os argumentos defensivos o sujeito passivo entendeu perfeitamente o fulcro da autuação.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Como preliminar de mérito, foi suscitada pelo sujeito passivo a decadência do direito de constituição do crédito fiscal, referente aos fatos geradores ocorridos até o dia 22/12/2009, sob o fundamento de que decorridos mais de 5 anos entre a ocorrência dos supostos fatos e a regular intimação do Contribuinte.

Analisando a preliminar de decadência dos fatos geradores anteriores a 22/12/2009, observo que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 15/12/2014 com a lavratura do auto de infração, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 2009, findando-se em 31/12/2013, incorrendo, assim, a alegada decadência.

No que concerne ao pedido para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa, no endereço indicado na peça impugnatória, inexistindo óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

No mérito, a imputação diz respeito a seguinte infração: 01 – 07.01.02 - Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias elencadas no artigo 353 do RICMS/97, provenientes de outras unidades da Federação, no exercício de 2009.

Consta na descrição dos fatos que o autuado é um contribuinte que tem por atividade econômica o comércio atacadista de medicamentos de uso humano, e efetua suas vendas majoritariamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos e faz a apuração do ICMS devido por antecipação tributária utilizando a MVA prevista no Convênio 76/94, conforme autorizado pelo Parecer DITRI nº 15786 2006, de 19/12/2006.



Pelo que constam nos autos, a fiscalização constatou que no período objeto da autuação, o autuado efetuou vendas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária para hospitais, clínicas e órgãos públicos, e também para outros contribuintes com atividades diferentes daquelas de hospitais, clínicas e órgãos públicos.

Por conta disso, tomando por base o Parecer DITRI nº 15786 2006, de 19/12/2006, em nome do autuado, constato que a exigência fiscal se refere a duas situações tributárias:

1. Operações com hospitais, clínicas e órgãos públicos – neste caso a base de cálculo foi determinada pelo valor de aquisição acrescido da MVA determinada no Convênio ICMS 76/94, e concedida a redução da base de cálculo de 18,53%, em virtude de o autuado ser um contribuinte signatário do Termo de Acordo do Decreto 7799/00, conforme planilha denominada de “Apuração da Diferença entre o ICMS Antecipação Tributária Calculado com Base na MVA para Produtos Entrados cujas Saídas tenham sido destinadas a outros contribuintes cuja atividade seja diferente daquelas de Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos”, constantes no Anexo II, fls.202 a 334;
2. Operações com outros contribuintes com atividades diversas de hospitais, clínicas e órgãos públicos - Nestes casos, foram apurados os valores complementares da antecipação tributária referente à diferença entre o valor obtido utilizando o PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor constante da revista publicada pela ABCFarma) e aquele originalmente apurado utilizando a MVA determinada pelo Convênio 76/94, conforme planilha denominada de “Apuração da Diferença entre o ICMS Antecipação Tributária Calculado com base no PMC e na MVA para Produtos Entrados cujas Saídas tenham sido destinadas a outros contribuintes cuja atividade seja diferente daquelas de Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos”, constantes no Anexo II, fls.336 a 341.

Com base nas planilhas dos Anexos II e III, os valores apurados foram cotejados com os recolhimentos efetuados pelo contribuinte a título de antecipação tributária e que constam do sistema INC da SEFAZ/BA, sendo constatada a ocorrência de recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária quando da aquisição de mercadorias constantes do Convênio 76/94, e elaborada a planilha denominada de “Apuração do ICMS Antecipação Tributária Recolhido a Menor”, constante no Anexo I, fl.16, **na qual, estão contempladas as diferenças apuradas nas duas situações tributárias acima citadas, e os débitos de cada período consignados no auto de infração.**

Na impugnação o patrono do autuado alegou que os autuantes cometeram equívocos no levantamento fiscal, visto que, dentre os contribuintes considerados como não sendo "clínicas, hospitais e órgãos públicos", foram indevidamente assim considerados, a exemplo de Hospital Santa Izabel, Hospital São José, Petrobrás e Universidade Federal, conforme listagem apresentada às fls.529 a 532.

Na informação fiscal, os autuantes rebateram satisfatoriamente o alegado na defesa, na medida em que apresentaram nas folhas 545 e 546, a listagem contendo o CNPJ, razão social e atividade dos destinatários constantes das planilhas do Anexo III, informações essas, obtidas junto à Receita Federal do Brasil, endereço [http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva\\_So\\_licitacao.asp](http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_So_licitacao.asp), e concordado pelos autuantes a inclusão, indevida, dos contribuintes de CNPJ 13.572.714/0001-16; 14.019.368/0001-06; 14.168.470/0001-73; 15.153.745/0002-49; 15.180.714/0002-87 e 15.234.123/0001-64, no que resultou na exclusão destes contribuintes das planilhas às fls. 201 a 334, conforme novas planilhas apresentadas no Anexo III, às fls.549 a 680, cujos valores devidos por antecipação tributária recolhidos a menor passam a ser os que constam da nova planilha do Anexo I, fls.548.

Acolho esta conclusão, pois o autuado tomou ciência deste resultado e não apresentou nenhuma prova em sentido contrário.

Cumpra consignar que na sessão de julgamento do dia 08/03/2016, presentes os representantes do autuado, estes suscitaram a realização de diligência para exclusão no levantamento fiscal dos documentos fiscais referentes aos contribuintes com CNPJ nºs 02.257.655/0001-75 (Fundação de Adm. e Pesquisa Econômico Social); 10.277281/0001-88 (Consórcio Rio Paraguaçu); 10.674.182/0001-15 (Vax Clínica de Vacinação); 13.526.884/0001-64 (FACS Serviços Educacionais S/A); 13.927.934/0001-15 (Fundação Bahiana para Desenvolvimento das Ciências); 15.233.646/0001-96 (Congregação das Irmãs Franciscanas Hospitalares da I. Conceição); 32.808.669/0009-58 (Bomfim Cargas e Encomendas Ltda); 33.000.167/0236-67 (Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás); e 60.664.828/00/12-29 (Empresa de Transportes Atlas Ltda), o que ensejou pedido de “vistas” do processo pelo Julgador Antônio Cesar Dantas Oliveira.

Quanto a diligência requerido pelo patrono do autuado na forma acima, com fulcro no art.147, inciso I, do RPAF/99, indefiro tal pedido para realização de diligência, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, em especial por considerar que não cabe as exclusões pretendidas, visto que as atividades dos contribuintes não se enquadram como hospitais, clínicas ou órgãos públicos.

Diante do exposto, considerando que o trabalho fiscal foi realizado em perfeita consonância com as disposições contidas nos artigos 371, inciso II, alínea “b”, combinado como artigo 61, inciso XV do RICMS/97, com o Decreto nº 7.799/00 e no Parecer DITRI nº 15786 2006, de 19/12/2006, restou caracterizado o cometimento da infração imputada, pelo que, concluo pela subsistência parcial, em razão das exclusões feitas na informação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 332.058,50, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2009	09/02/2009	55.375,71	0,00	60	9.413,87
28/02/2009	09/03/2009	68.975,59	0,00	60	11.725,85
31/03/2009	09/04/2009	-	0,00	60	-
30/04/2009	09/05/2009	97.200,24	0,00	60	16.524,04
31/05/2009	09/06/2009	182.244,29	0,00	60	30.981,53
30/06/2009	09/07/2009	166.533,88	0,00	60	28.310,76
31/07/2009	09/08/2009	179.568,71	0,00	60	30.526,68
31/08/2009	09/09/2009	205.283,24	0,00	60	34.898,15
30/09/2009	09/10/2009	242.396,47	0,00	60	41.207,40
31/10/2009	09/11/2009	284.362,71	0,00	60	48.341,66
30/11/2009	09/12/2009	200.187,76	0,00	60	34.031,92
31/12/2009	09/01/2010	271.156,71	0,00	60	46.096,64
TOTAL					332.058,50

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269353.0505/14-1**, lavrado contra **MEDYCAMENTHA PRODUTOS ONCOLÓGICOS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$332.058,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR