

PROCESSO - A. I. Nº 269353.0507/15-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MEDLIFE DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAL HOSPITALAR LTDA.
RECORRIDOS - MEDLIFE DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAL HOSPITALAR LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0048-01/16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/11/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0143-12/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Refeito o demonstrativo de débito. Item subsistente em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Refeito o demonstrativo de débito. Infração subsistente parcialmente. Item subsistente em parte. Excluídos débitos cujas operações de saídas foram desfeitas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/15 para imputar ao contribuinte quatro irregularidades, sendo objeto dos Recursos as infrações 1 e 2, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de janeiro de 2012 a novembro de 2013. ICMS no valor de R\$418.792,56. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de fevereiro de 2012 a dezembro de 2013. ICMS no valor de R\$52.888,39. Multa de 60%.

A Junta de Julgamento dirimiu a lide com os seguintes fundamentos:

VOTO

Trata-se de dois Auto de Infração lavrado para exigir crédito fiscal relacionado ao ICMS no montante de R\$502.222,06, relativo a cinco irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, sendo impugnada, de forma parcial, a primeira infração, que tem como acusação ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação o valor de R\$418.792,56, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e a segunda infração, por ter deixado de recolher o ICMS no valor de R\$52.888,39, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. As demais infrações não foram impugnadas pelo defendente, sendo, portanto, consideradas procedentes, não fazendo parte da lide. Assim, a contenda se restringe apenas à primeira e segunda, as quais foram impugnadas parcialmente.

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que todas as acusações constam os dispositivos legais tidos como infringidos e estão devidamente lastreadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, conforme se pode observar às fls. 16 a 70 dos autos, com ciência do representante legal ou preposto à fl. 4, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, por meio eletrônico e convencional, inexistindo qualquer cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório, cujo direito foi exercido

de modo pleno, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito, das quais parte foi acolhida pelo autuante quando da sua informação fiscal.

Tanto em relação a primeira infração, quanto a segunda, o defendente traz aos autos, seja na primeira manifestação de defesa às fls. 122/129, ou seja na segunda às fls. 241/245, considerações de equívocos cometidos pelo d. Agente Fiscal no levantamento das demonstrativos de débitos das autuações, quando do desenvolvimento da ação fiscal.

O d. Agente Fiscal, em sede de informação fiscal, seja à fl. 219/225, ou seja às fls.273/276, traz aos autos considerações que dão razões em parte as manifestações da defesa, todas relacionadas a aspectos de provas materiais no cometimento das infrações.

Relativamente a infração 1, que diz respeito a 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, correspondente aos fatos geradores no ano de 2012; não concordou o d. Agente Fiscal, com os argumentos de defesa, em relação as considerações relativas as Notas Fiscais nºs 33470 (3/2/2012) e 34257 (3/2/2012), quanto ao cálculo do imposto devido apurado nas operações, utilizando a MVA ao invés do PMC.

Nesse aspecto, coaduno com o entendimento do d. Agente Fiscal de que a defendente não traz, argumentação capaz de sustentar o que pede, que é a utilização da MVA ao invés do PMC. Diz o d. Agente Fiscal que consultou o sistema INC da SEFAZ/BA, e constatou que o contribuinte somente teve o pedido para uso da MVA, na apuração do ICMS devido por antecipação tributária, deferido pelo titular da Superintendência de Administração Tributária em 13/10/2014, condição essa necessária para utilização do MVA ao invés do PMC.

Demais considerações de defesa em relação à infração 1, referente ao ano de 2012, todas foram acatadas pelo d. Agente Fiscal na sua última informação fiscal às fls. 273/276, com o destaque para a Nota Fiscal nº 11262 de 31/01/2012, que diz respeito a sua exclusão do demonstrativo de débito da autuação, por quantum se referir a mercadorias que sofreu sinistro no seu transporte.

Na primeira informação fiscal, o d. Agente Fiscal não acatou as considerações da defesa para exclusão do demonstrativo de débito. Por sua vez, na segunda manifestação, quando foi acostado aos autos outros documentos que se possibilitou a vinculação das mercadorias avariadas com o veículo acidentado, a exemplo do Boletim de Acidente de Trânsito e outros documentos às fls. 247 a 260, o d. Agente Fiscal excluiu da autuação, o que concordo plenamente, vez que a operação não foi concretizada por recusa de o adquirente, no caso específico o defendente, dado as mercadorias estarem avariadas.

Isto posto, o d. Agente Fiscal, traz aos autos nova planilha de apuração do ICMS antecipação recolhido a menor, relativo ao ano de 2012, alterando o valor originalmente cobrado de R\$294.863,37 (fl. 17), para o valor de R\$121.946,59 (fl.276-A).

Ainda, tratando da Infração 1, relativamente ao ano de 2013, o defendente arguiu, na última manifestação de defesa, a exclusão da Notas Fiscais nºs 47026 (25/3/2013) e 47027 (25/03/2013), alegando que o ICMS relativo as mesmas foram pagos através de GNRE, em que o d. Agente Fiscal confirmou seu ingresso nos cofres do Estado e providenciou sua exclusão do demonstrativo de débito da autuação.

Também acatou as demais considerações de defesa relativo a infração 1, relativo ao ano de 2013, mais especificamente as arguições de pagamento do ICMS por antecipação devido nas operações relacionadas as Notas Fiscais nºs 49376, 49377 e 49378. Constatado que o imposto devido foi recolhido pelo emitente ao Estado da Bahia, excluiu da autuação.

Isto posto, o d. Agente Fiscal, traz aos autos nova planilha de apuração do ICMS antecipação recolhido a menor, relativo ao ano de 2013, alterando o valor originalmente cobrado de R\$123.929,28 (fl. 18), para o valor de R\$123.114,76 (fl.276-B).

Em sendo assim do demonstrativo de débito da infração 1 deve ser alterado do valor original de R\$418.792,56, para o valor de R\$245.061,34, conforme a seguir:

D. OCORRÊNCIA	D. VENCIMENTO	VLR. HISTÓRICO
28/02/2012	09/03/2012	114.042,75
31/05/2012	09/06/2012	4.317,62
31/08/2012	09/09/2012	3.586,22
31/01/2013	09/03/2012	569,68
28/02/2013	09/06/2012	4.145,58
31/03/2013	09/09/2012	13.524,15
30/04/2013	09/05/2012	68.958,27
31/08/2013	09/09/2012	31.517,86
31/10/2013	09/11/2012	2,68
30/11/2013	09/12/2012	4.396,55
TOTAL DA INFRAÇÃO		245.061,36

Relativamente a infração 2, que diz respeito a ter deixado de praticar operações tributáveis como não tributáveis, após a ultima manifestação de defesa às fls. 241/245, ainda resta lide em relação competência de

outubro de 2012, em que o defendente argúi que o autuante alega que o produto FITA PARA MARCAÇÃO de NCM 3005.1090 da Nota Fiscal nº 2748 não está sujeita a antecipação tributária total do ICMS, sendo assim seria devido o imposto referente aos 17% de ICMS gerados na saída do produto no valor de R\$121,38.

Destaca o defendente de que o autuante não levou em consideração que na entrada, este produto teve o ICMS totalmente antecipado na entrada como consta na Nota Fiscal nº 5221 sendo pago via GNRE (anexo 04) o valor de R\$165,88, valor esse, superior ao débito cobrado pela fiscalização.

Diz também que na competência de junho de 2013 o mesmo produto FITA PARA MARCAÇÃO de NCM 9018.3212 que consta na Nota Fiscal nº 4583 está sendo cobrado o débito de 17% do ICMS gerados na saída do produto no valor de R\$ 60,83, que também, não levou em consideração que na entrada este produto teve o ICMS totalmente antecipado na entrada como consta na Nota Fiscal nº 6410 sendo pago via GNRE (anexo 05) o valor de R\$63,80, valor esse, superior ao débito cobrado também pela fiscalização.

Por esses motivos o autuado vem solicitar o cancelamento desta cobrança, pois o ICMS foi recolhido antecipadamente pelo fornecedor da mercadoria, não havendo assim prejuízo fiscal a secretaria da fazenda deste estado.

Ao manifestar sobre essas argüições, relativamente aos valores dos débitos remanescentes da Infração 2, destaca o d. Agente Fiscal que o autuado, como fez na primeira defesa que apresentou, alega que o produto FITA PARA MARCAÇÃO esta sujeito à antecipação do ICMS sem, contudo, trazer qualquer elemento que corrobore sua afirmação. Complementa dizendo que consultou novamente o Anexo-01 do RICMS/BA e lá não encontrou o citado produto como enquadrado no Regime da Substituição Tributária. Diz, também, que o defendente indica duas NCM (NCM 3005.1090 e NCM 9018.3212) para um mesmo produto, o que diz reforçar a certeza do não enquadramento do produto FITA PARA MARCAÇÃO na substituição tributária.

Este relator, também consultado a legislação do Regime Substituição Tributária, nada pode constatar de elemento probante que pudesse confirmar que o produto FITA PARA MARCAÇÃO, seja com NCM 3005.1090, ou seja com NCM 9018.3212 estaria enquadrado nesse regime. Daí entender foi assertivo o d. Fiscal Autuante manter esse produto da demonstração de débito da infração 2, por ter o defendente tratado as saídas desses produtos em outubro de 2012 e junho de 2013 como operações não tributáveis.

Em sendo assim, após os ajustes efetuados pelo d. Agente Fiscal, dados os equívocos cometidos na fiscalização, argüidos nas manifestações de defesa e acatados em sede de informação fiscal, o demonstrativo de débito da infração 2 deve ser alterado do valor original de R\$52.888,39, para o valor de R\$42.399,27, na forma do demonstrativo às fls. 276-C a 276-I dos autos, conforme a seguir:

Dt. Ocorr.	Dt. Venc.	Vlr. Histórico
28/02/2012	09/03/2012	99,42
31/03/2012	09/04/2012	11.078,60
30/04/2012	09/05/2012	240,38
31/05/2012	09/06/2012	38,11
30/06/2012	09/07/2012	282,60
31/07/2012	09/08/2012	393,89
31/08/2012	09/09/2012	1.196,22
30/09/2012	09/10/2012	424,97
31/10/2012	09/11/2012	7.635,99
30/11/2012	09/12/2012	489,60
31/12/2012	09/01/2013	1.395,74
31/01/2013	09/02/2013	582,53
28/02/2013	09/03/2013	5.311,44
31/03/2013	09/04/2013	3.533,06
30/04/2013	09/05/2013	1.485,92
31/05/2013	09/06/2013	4.251,40
30/06/2013	09/07/2013	107,24
31/07/2013	09/08/2013	474,27
31/08/2013	09/09/2013	728,88
30/09/2013	09/10/2013	257,13
31/10/2013	09/11/2013	86,26
30/11/2013	09/12/2013	1.714,19
31/12/2013	09/01/2014	591,43
TOTAL DA INFRAÇÃO		42.399,27

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$318.001,74, devendo ser homologado os valores recolhidos, por restar reconhecidas as infrações 3, 4, 5 e, procedente parcialmente as infração 1 e 2, dados os argumentos acima destacados.

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Inconformado com a Decisão de primeira instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, alegando, quanto à primeira infração, o seguinte:

Na competência de fevereiro e março de 2012 –

Entende que, nas vendas para hospitais, em especial da rede pública, o cálculo da antecipação tributária do ICMS deveria ser feito utilizando a MVA e, por esse motivo, calculou o imposto referente às notas fiscais nºs 33470 e 34257 com a MVA de 46,57%, vigente na época (artigo 289, § 12, e o Anexo 1, do RICMS/12), resultando em valores superiores ao preço de venda das mercadorias; ressalta que se encontra enquadrado na condição prevista no Regulamento de ICMS, haja vista que é uma distribuidora de medicamentos e suas vendas preponderantes são destinadas *“a hospitais e clínicas e especialmente a hospitais públicos e com termo de acordo assinado e protocolado, junto a SAT Bahia”*; diz, ainda, que *“na época não discernia a necessidade de burocracia adicional o que já se encontra regularizado atualmente”*.

Acrescenta que é *“um excesso de burocracia a solicitação de autorização para aplicar MVA, uma vez que já tem um termo de atacadista de medicamentos, com preponderância de vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, protocolado e deferido, junto a Sefaz BA, mas que, ainda assim, ao tomar ciência da solicitação, protocolou tal pedido e o mesmo foi deferido, entendendo seus efeitos serem retroativos, já que sua prática já estava prevista na legislação, e que não mudaria em nada seus efeitos práticos, prevalecendo assim à essência sobre a forma”*.

Salienta que não houve, na prática, nenhuma perda ao Erário e, além disso, pôde efetuar vendas a um preço compatível, sem precisar transferir o ônus ao contribuinte final, que, inclusive, era o próprio Estado, por meio dos hospitais públicos que são seus maiores clientes.

Argumenta que, apesar da disposição do artigo 289, § 12, do RICMS/12, *“há uma séria distorção nesta sistemática de tributação quando envolve produtos farmacêuticos, sendo que o PMC divulgado pela CMED, e utilizado como base de cálculo para apurar o ICMS-ST, encontra-se totalmente alheio à realidade do mercado, gerando com isso sérias distorções no ICMS devido por substituição, havendo casos nos quais o ICMS-ST chega a ser superior, ou muito próximo, do valor cobrado pelo medicamento na venda ao consumidor final, ou seja, um verdadeiro confisco se considerarmos que a alíquota, em regra, a época, era de 17%”*.

Observa que, como forma de tentar corrigir esta situação, o mercado passou a aplicar a MVA (Margem de Valor Agregado) que, segundo a legislação, é a forma de cálculo que deve ser utilizada quando não há Preço Máximo a Consumidor (PMC) divulgado, pois a MVA aproxima o valor da base de cálculo da substituição tributária ao praticado pelas farmácias nas vendas ao consumidor, além de ser amplamente utilizada pelos demais segmentos econômicos sujeitos à substituição tributária. Apresenta exemplos matemáticos para demonstrar as suas alegações e discorre sobre o confisco, transcrevendo a Constituição Federal, a doutrina a respeito e uma Decisão do Tribunal de Contas da União, concluindo *“que a carga tributária excessiva que está sendo imposta sobre os medicamentos é, sem dúvidas, inconstitucional, violando, especialmente, o princípio do não confisco”*.

Finaliza dizendo que *“o PMC não é parâmetro adequado para que seja utilizado como base de cálculo do ICMS-ST, pois, significativas são as variações em relação aos preços praticados pelas distribuidoras”*, em face de descontos concedidos, e alega, por fim, que a *“exigência que o Estado da Bahia, e muitos outros Estados da Federação, está impondo ao segmento que opera com Produtos Farmacêuticos é inconstitucional, pois, confiscatória, e com certeza será afastada pelo Poder Judiciário quando demandado”*.

No que tange à infração 2, argumenta o seguinte:

1. em todos os meses foram incluídos, indevidamente, os produtos AGULHA DE RAQUI EPIDURAL, NCM 9018.3212, ESCOVA Dermo suave DERGE RIODENE, NCM 3005.1010, e FITA PARA MARCAÇÃO, NCM 9018.3212, todos enquadrados no regime da antecipação tributária, por meio do Convênio ICMS 76/94 (item IX do Anexo Único) e Protocolo ICMS 105/09 (item 32.5 do Anexo 1 do RICMS/12), respectivamente, tendo sido o ICMS recolhido antecipadamente pelos

fornecedores;

2. na competência de dezembro de 2012 –

- a) *“os produtos da NF 3056 foram devolvidos pelo cliente na sua totalidade e na mesma forma de tributação conforme NF de devolução 3061 em anexo (anexo 06), neste caso pede-se a anulação do débito uma vez que não houve utilização de crédito na devolução”;*
- b) *“os produtos da NF 3057 foram devolvidos parcialmente e na mesma forma de tributação conforme NF de devolução 3362 e 3369 em anexo (anexo 07), sendo que na saída o débito era de R\$ 399,46 e como houve uma devolução de parte da nota fiscal de saída o débito passa a ser de R\$ 157,10, neste caso pede-se a diminuição/abatimento do débito uma vez que não houve utilização de crédito na devolução”;*
- c) *“os produtos da NF 3060 foram devolvidos parcialmente e na mesma forma de tributação conforme NF de devolução 3367 em anexo (anexo 08), sendo que na saída o débito era de R\$ 158,44 e como houve uma devolução de parte da nota fiscal de saída o débito passa a ser de R\$ 145,35, neste caso pede-se a diminuição/abatimento do débito uma vez que não houve utilização de crédito na devolução”;*

3. na competência de dezembro de 2013 – *“o produto TESTE BOWIE DICK de NCM 3005.9090 da NF 5729, foi devolvido na sua totalidade e na mesma forma de tributação, sendo assim não houve o débito do ICMS na saída como também não houve o crédito do ICMS no retorno conforme nota fiscal de devolução 6011 (anexo 11), neste caso pede-se a anulação do debito uma vez que não houve utilização de crédito na devolução”;*

Finalmente, requer a improcedência das infrações 1 e 2, na parte ainda remanescente, e a redução da penalidade, caso este órgão julgador decida pelo descumprimento de obrigação de natureza formal, nos termos do artigo 158 do RPAF/99.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, aduzindo, quanto à infração 1, que *“o recorrente não poderia utilizar a MVA ao invés do PMC, haja vista que conforme informações colhidas no INC/SEFAZ, esta só teve seu pedido para uso da MVA na apuração do ICMS devido por antecipação tributária deferido em 13.10.2014, portanto, muito após os fatos geradores da obrigação tributária”,* sendo tal deferimento *“condição necessária para utilização da MVA no lugar do PMC”.*

No que diz respeito à infração 2, observa que o autuante acatou as alegações relativas aos produtos *“agulha de raqui epidural”* e *“escova dermo suave derge riodene”*, reconhecendo que estão enquadrados no regime da antecipação tributária, e excluindo-os do levantamento fiscal.

Quanto ao produto *“fita para marcação”* diz que não integra o rol do Anexo 1 do RICMS/BA e referentemente a *“teste bowiedick”*, entende que não pode ser acatado o pedido formulado pelo contribuinte, de compensação do valor indevidamente destacado nas saídas, pois não encontra amparo na legislação tributária. Conclui que esses dois itens devem ser mantidos na autuação.

VOTO

Os Recursos Voluntário e de Ofício foram apresentados em face da Decisão de primeiro grau que julgou procedente em parte as infrações 1 e 2.

Na infração 1 foi lançado o ICMS em razão do recolhimento a menos do imposto devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (nos meses de janeiro de 2012 a novembro de 2013).

O autuado, no Recurso Voluntário, alegou que utilizou a margem de valor agregada (MVA) para apurar o ICMS devido, em vez do Preço Máximo de Venda a Consumidor Fiscal (PMC), pelo fato de ter revendido os medicamentos preponderantemente a hospitais, especialmente da rede pública, sob pena de onerar excessivamente os preços das mercadorias, o que violaria o princípio

do não confisco, transformando-se em exigência inconstitucional.

Reconheceu que não possuía a autorização da Secretaria da Fazenda para seu procedimento, porém entende que se trata de mera obrigação formal, devendo-se atentar para a realidade dos fatos.

A respeito da matéria, o RICMS/97, vigente até o dia 31 de março de 2012, estabelecia, em seu artigo 61, § 2º, incisos I e XV, o que se segue:

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:

(...)

§ 2º Para efeitos de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos a seguir indicados, a determinação da base de cálculo será feita segundo os seguintes critérios:

I - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS 76/94;

(...)

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 § 2º. (grifos não originais)

Já o RICMS/12, vigente a partir de 01 de abril de 2012, dispõe da seguinte forma:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

(...)

§ 10. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador:

(...)

III - medicamentos;

§ 12. 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, deverá ser utilizada a MVA prevista no Anexo 1 para apuração da base de cálculo da antecipação tributária 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, o preço sugerido pelo fabricante ou importador. (acrescentado pela Alteração nº 1 (Decreto nº 13.870, de 02/04/12, DOE de 03/04/12), efeitos a partir de 01/04/12). (grifos não originais)

Depreende-se, da análise da legislação, que, para a apuração da base de cálculo do ICMS nas saídas internas de medicamentos, deve-se utilizar, em regra, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador e não a margem de valor agregado (MVA).

Somente na hipótese de comprovação, por parte do contribuinte atacadista, de que efetua, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos é que é possível a adoção da margem de valor agregado, condicionado tal procedimento, entretanto, à existência prévia de autorização concedida pelo titular da Superintendência de Administração Tributária.

Restou demonstrado nos autos que, somente em 13/10/14, é que o contribuinte obteve o deferimento do titular da Superintendência de Administração Tributária para uso da margem de valor agregado (MVA), em vez do preço máximo a consumidor final (PMC), na apuração do ICMS devido por antecipação tributária.

Observe que a referida autorização se reveste de condição essencial para a adoção da MVA, diferentemente do que alegou o recorrente, porque pressupõe a realização da atividade de fiscalização, com o fito de atestar a preponderância de vendas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, não se podendo admitir a retroatividade desejada pelo recorrente.

No que tange ao argumento recursal, de confiscatoriedade do imposto e multa apontados neste Auto de Infração, ressalto que não cabe ao CONSEF a apreciação de alegações relacionadas à inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

No que tange ao Recurso de Ofício, verifico que o valor desonerado pelo órgão julgador de piso foi baseado no acatamento, por parte dos autuantes, das alegações do contribuinte referentes:

1. à existência de sinistro no transporte de algumas mercadorias;
2. ao recolhimento, pelos remetentes das mercadorias e por meio de Guia Nacional de Recolhimento (GNRE), do valor do ICMS relativo à antecipação tributária.

Ante o exposto, mantenho a Decisão recorrida pela procedência em parte da primeira infração.

Na infração 2, foi exigido o ICMS recolhido a menos em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro de 2012 a dezembro de 2013.

O recorrente argumentou que os produtos AGULHA DE RAQUI EPIDURAL, ESCOVA DERMO SUAVE DERGE RIODENE e FITA PARA MARCAÇÃO, estavam sujeitos à antecipação tributária com encerramento da fase de tributação.

As ponderações feitas pelo sujeito passivo quanto aos produtos AGULHA DE RAQUI EPIDURAL, NCM 9018.3212 e ESCOVA DERMO SUAVE DERGE RIODENE, NCM 3005.1010, foram acatadas, corretamente, pelos autuantes e pela Junta de Julgamento Fiscal, tendo sido retirados do levantamento fiscal (fls. 276-C a 276-I dos autos).

Quanto à FITA PARA MARCAÇÃO, não excluída da autuação, constato que o autuado indicou, em seu apelo recursal, as NCMs 3005.1090 e 9018.3212 (outubro de 2012 – Nota Fiscal nº 2748 e junho de 2013 - Nota Fiscal nº 4583). Entretanto, os documentos fiscais que apensou às fls. 346 (Anexo 3) e 363 (Anexo 10) não corroboram suas assertivas, na medida em que o primeiro encontra-se ilegível e o segundo indica o produto FITA ADESIVA ¼, não havendo como vincular as mercadorias e, muito menos, chegar à conclusão de que a Fita para Marcação está mesmo incluída no regime da substituição tributária.

Quanto à alegação recursal de que diversos produtos haviam sido devolvidos pelos adquirentes, no mês de **dezembro de 2012**, os autuantes não se manifestaram a respeito. Todavia, pelos documentos juntados às fls. 353 e 354 (Anexo 6); 356 e 357 (Anexo 7) e 359 (Anexo 8), constato que houve, realmente, o desfazimento dos negócios, parcial ou totalmente, sendo que as mercadorias entraram no estabelecimento do recorrente sem qualquer destaque de ICMS. Consequentemente, deve ser excluída a Nota Fiscal nº 3056 (com ICMS no valor de R\$582,81) e reduzido o débito das Notas Fiscais nºs 3057 (para R\$157,10) e 3060 (para R\$145,35) do demonstrativo de fls. 276-C a 276-I dos autos.

Do mesmo modo, a devolução do produto “Teste Bowie Dick” constante da Nota Fiscal nº 5729, de **dezembro de 2013**, está devidamente comprovada pela Nota Fiscal nº 6011 juntada às fls. 368 e 369 (Anexo 11), tendo havido, portanto, o desfazimento parcial do negócio, sendo que a mercadoria entrou no estabelecimento do recorrente sem qualquer destaque de ICMS. Em consequência, deve ser excluída a Nota Fiscal nº 5729 (com ICMS no valor de R\$494,53) do demonstrativo de fls. 276-C a 276-I dos autos.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir a infração 2 para R\$41.006,49, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Dt. Ocorr.	Dt. Venc.	Vlr. Histórico
28/02/2012	09/03/2012	99,42
31/03/2012	09/04/2012	11.078,60
30/04/2012	09/05/2012	240,38
31/05/2012	09/06/2012	38,11
30/06/2012	09/07/2012	282,60
31/07/2012	09/08/2012	393,89

31/08/2012	09/09/2012	1.196,22
30/09/2012	09/10/2012	424,97
31/10/2012	09/11/2012	7.635,99
30/11/2012	09/12/2012	489,60
31/12/2012	09/01/2013	557,49
31/01/2013	09/02/2013	582,53
28/02/2013	09/03/2013	5.311,44
31/03/2013	09/04/2013	3.533,06
30/04/2013	09/05/2013	1.485,92
31/05/2013	09/06/2013	4.251,40
30/06/2013	09/07/2013	107,24
31/07/2013	09/08/2013	474,27
31/08/2013	09/09/2013	728,88
30/09/2013	09/10/2013	257,13
31/10/2013	09/11/2013	86,26
30/11/2013	09/12/2013	1.714,19
31/12/2013	09/01/2014	96,90
TOTAL DA INFRAÇÃO		41.066,49

VOTO DIVERGENTE (Infração 1)

Com a devida vênia vou divergir do voto da Nobre Colega Relatora, isto porque entendo restar Nula a Infração 1 ante ao que entendo ser a aplicação de pauta fiscal para composição da base de cálculo do imposto da infração 1, bem como clama pela redução da multa aplicada na infração 1.

Pois bem. Em que pese a legislação posta e a prova dos autos, entendo que merece ser aplicada a tese com base no quanto já pacificado na Súmula nº 431 do STJ que diz: “*É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal*”.

Creio que a utilização dos valores sugeridos pela ABCFARMA não é nada mais senão um regime de pauta fiscal, que não pode ser aceito nas condições ora postas, pois, não há como verificar a real ocorrência dos fatos geradores do ICMS, nos valores “sugeridos”.

Neste mesmo sentido, trago à colação, voto vencido do i. conselheiro José Antonio Marques Ribeiro, no Acórdão CJF Nº 0150-12/12, ao qual me filio, *in verbis*:

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª JFJ deste CONSEF, acórdão 0066-01/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento nas acusações fiscais de haver o contribuinte efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados, relacionadas nos Anexos 88 e 89; e deixado de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Ainda que, especificamente, não tenha sido suscitada qualquer preliminar, vejo, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Por outra banda, constato que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, bem como não se verifica qualquer incorreção na determinação da base de cálculo do imposto que se exige.

No mérito, quanto à infração 1, que resumidamente discute a forma através da qual deveria ser determinada a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que não pode o contribuinte querer que seja aplicada a MVA para determinação da base de cálculo do tributo, pois como as operações ocorreram entre Estados não signatários do Protocolo 50/2005, a base de cálculo prevista para a infração em comento tem disposição no artigo 506-C, §2º do RICMS/BA c/c artigo 61, I, do mesmo diploma legal.

De fato, à luz da legislação tributária do Estado da Bahia, a Junta de Julgamento Fiscal tem razão quando diz que o tratamento dado às operações entre Estados não signatários do protocolo 50/2005 implica na exigência do imposto da forma como foi lavrado o Auto de Infração em apreço, ou seja, com base na “pauta fiscal”.

Em que pese ter sido aplicada a legislação do Estado da Bahia, peço vênia para discordar da forma através da qual se estabeleceu a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, e explico: Pois bem, o fato é que a “pauta fiscal” de valores é a forma através da qual se atribui, por arbitramento, valor fictício à base de cálculo do ICMS. Neste ponto é que, mesmo que a legislação baiana tenha previsão, a jurisprudência do STJ já se coloca frontalmente contra tal dispositivo, haja vista que aquele Superior Tribunal editou a Súmula de nº 431, cujo enunciado, de linguagem extremamente simples e contundente, diz:

Súmula 431 - É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Derredor do que enuncia a dita Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, vejo que a intenção se mostra absolutamente clara, e visa privilegiar o real valor das operações que se sujeitam ao ICMS, de maneira a que tais valores não sejam substituídos por outros cuja origem seja questionável ou até mesmo desatualizada, a ponto de impor prejuízos ao contribuinte de maneira geral, o que implicaria em enriquecimento sem causa por parte do Estado. Por outro lado, a rigor dos dispositivos legais que fundamentam a autuação, outros meios de definição da base de cálculo do imposto poderiam ter sido utilizados.

Isto posto, entendendo que a “Pauta Fiscal” como elemento a definir a base de cálculo do imposto a ser exigido do recorrente é imprestável e inaplicável por força do que enuncia a Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, concluo que a infração 1 não pode subsistir, eis que como constituída é nula.

(...)

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, e de ofício, decreto NULA a infração 1 e mantenho incólume a infração 2.

Em tempo, a rigor do art. 21 do RPAF/99, recomendo, verificadas as possibilidades, a renovação da fiscalização livres das falhas aqui apontadas.

Entretanto, vencido que fui quanto ao julgamento da preliminar, no mérito acompanho o voto da Nobre Relatora.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269353.0507/15-2**, lavrado contra **MEDLIFE DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E MATERIAL HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$286.127,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$23.481,51** e multa percentual no valor de **R\$7.059,60**, previstas, respectivamente, nos incisos IX, XI e II, “d”, c/c o § 1º, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos com o parcelamento.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral Oliveira, Washington José Silva, Denise Mara Andrade Barbosa e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Daniel Ribeiro Silva e Tiago de Moura Simões.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

DANIEL RIBEIRO SILVA – VOTO DIVERGENTE
(Recurso Voluntário)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS