

A. I. Nº - 269353.0702/15-0
AUTUADO - MECFARMA DISTRIBUIDORA LTDA
AUTUANTES - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO, JOSERITA MARIA SOUSA BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO – DAT METRO
INTERNET - 24 .03.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0017-01/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. A possibilidade de utilização do preço máximo ao consumidor, constante de tabela, decorre do Convênio 76/94, que adotou por base a lista de preços a consumidor (divulgada pelo órgão competente) para apuração da base de cálculo do imposto. Não procede a alegação de ofensa ao princípio da legalidade. Infração caracterizada; 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIA INTERESTADUAL P/ COMERCIALIZAÇÃO. NÃO SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDA REGULARMENTE TRIBUTADA. MULTA. Comprovada saída posterior tributada normalmente, cabível é a aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto recolhido fora do prazo, nos termos da Lei nº 10.847/07. Infração subsistente. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. As alegações defensivas não têm base nas provas do processo. Infração caracterizada; b) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Alegações defensivas não elidem o lançamento. Infração caracterizada; c) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. A tese defensiva não encontra respaldo em sua escrita fiscal; houve, de fato, a aquisição de bens sujeitos ao pagamento do ICMS-DIFAL. Infração caracterizada; d) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Embora alegue ter recolhido o imposto exigido, a empresa não traz qualquer prova ao processo, não logrando êxito em se desincumbir do ônus de provar fato extintivo alegado. Infração caracterizada; d) PRAZO REGULAMENTAR. Embora alegue ter recolhido o imposto do período 11/2011, o autuado não logra fazer prova, nem consta no banco de dados da SEFAZ. Infração caracterizada; 4. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. MERCADORIAS ENQUADRADAS REGIME SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O direito não assiste ao autuado. Consta dos autos que os produtos descritos no relatório fiscal está incluído no regime ST, exige pagamento do ICMS antecipado, com fase de tributação encerrada, descabe a apropriação de crédito fiscal. Infração subsistente. 5. RECOLHIMENTO A MENOR. a) ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. O autuado destacou o ICMS regularmente, nas notas fiscais de saída, lançando, contudo, no livro Registro

de Saída de Mercadorias valor inferior. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2015, exige créditos tributários no valor histórico de R\$591.156,40, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – Efetuou recolhimento a menor de 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 e março a dezembro de 2011. Valor do ICMS: R\$520.670,43. Multa de 60%;

Infração 02 –Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial referentes as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de maio a julho e setembro a dezembro de 2011. Valor da multa R\$10.274,71 (percentual de 60%);

Infração 03 –Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, em novembro de 2011. Valor R\$864,62. Multa de 100%;

Infração 04 –Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no período janeiro/novembro de 2011. Valor R\$15.937,22. Multa de 60%;

Infração 05 –Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no período janeiro / setembro de 2011. Valor R\$26.561,79. Multa de 60%;

Infração 06 –Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de junho e setembro de 2011. Valor ICMS: R\$3.745,62. Multa de 60%;

Infração 07 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de março, maio, outubro e dezembro de 2011. Valor do ICMS: R\$656,98. Multa de 60%;

Infração 08 – 06.02.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de março e maio a julho de 2011. Valor do ICMS: R\$1.240,04. Multa de 60%;

Infração 09 – 02.01.01: Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos mês de novembro de 2011. Valor do ICMS: R\$11.204,99. Multa de 60%.

A autuada apresenta impugnação às folhas 424/453, contestando o presente lançamento de ofício, com base nas razões a seguir:

Quanto à Infração 01, destaca que, dentro do montante lançado, R\$ 63.002,76 seriam decorrentes das vendas de medicamento para clientes que não sejam enquadrados como hospitais clínicas e órgãos públicos. Em relação ao aludido valor alega que a cobrança não possui embasamento legal, visto que consoante assumido pelo próprio autuante, em sua justificativa para a autuação, o critério “diferença entre ST e PMC” foi utilizado com base num artigo publicado na revista publicada pela ABCFarma. Argumenta que o direito tributário deve obedecer ao princípio da estrita legalidade, previsto constitucionalmente, não sendo, portanto, possível a utilização de critérios não previstos em lei para constituir crédito tributário em face do contribuinte.

No que concerne aos demais valores, qual seja, R\$457.667,67, destaca a ocorrência de um equívoco no seu cálculo. Explica que, ainda que admitido fosse esta diferença a mesma seria no valor de R\$424.034,15, razão pela qual deveria ser refeita a auditoria dos referidos cálculos.

Quanto à Infração 02, alega que é consequência da infração anterior. Deste modo, raciocina, inexistindo a infração anterior consoante já impugnado, resta clarividente a inexistência da presente infração, pois o acessório seguirá o destino da obrigação principal. Ressalva que, em caso de procedência parcial da infração anterior, deve ser retificada a presente infração a fim de que seja abatido o seu valor de forma proporcional à referida redução.

Quanto à Infração 03, alega que as notas autuadas são da competência 11/2011 e seriam as de nº 13333, 13386, 13389, 13570 e 13631, as quais constam dos arquivos magnéticos da autuada e foram devidamente escrituradas no seu Livro de Registro de Saídas de mercadorias. Assim, conclui que a cobrança não é devida, devendo ser julgada improcedente esta infração.

Quanto à Infração 04, alega que não merece prosperar, pois de acordo com os produtos integrantes das informações fiscais, os produtos tributados com CST 060 na saída são mercadorias que, de fato, seguem o regime da substituição tributária, não havendo o que se falar em ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Quanto à Infração 05, afirma que as suas alegações são idênticas a impugnação da infração 04.

Quanto à Infração 06, alega que tal exação não merece prosperar, tendo em vista que inexiste erro no cálculo a apuração do valor do imposto devido.

Alega que também a infração 07, não merece prosperar, pois de acordo com as planilhas anexadas ao auto de infração, os créditos de ICMS utilizados não são de mercadorias objeto do regime de substituição tributária.

Na infração 08, aduz que nas planilhas acostadas, tais mercadorias teriam sido adquiridas na competência 03/2011, 05/2011, 06/2011 e 07/2011. Argumenta, porém, que, neste período, inexistiu qualquer nota fiscal de entrada devidamente registrada no Livro de Entradas de Mercadorias com os Códigos Fiscais de Operações e Prestações (CFOP) correspondente a operações com bens do ativo imobilizado e materiais para uso ou consumo (CFOP 2.550), mais precisamente os CFOP,s 2.551 e 2.556, cujos descritivos reproduz. Deste modo, concluiu pela sua improcedência, tendo em vista a ausência de tipicidade da mesma.

Com relação à infração 09, destaca que inexiste qualquer tipo de sonegação fiscal, visto que as operações foram devidamente escrituradas. Alega que inexiste também o crédito tributário, ora constituído, na medida em que foi devidamente recolhido o ICMS decorrente as operações escrituradas na referida competência. Conclui que não merece prosperar a presente infração.

Pugna pela improcedência do Auto de Infração.

Diz que, em atenção ao princípio da eventualidade, em relação a infração 01, acaso seja acolhida como parcialmente procedente, o que não se espera, reitera a necessidade de revisão fiscal do montante calculado tendo em vista a diferença de R\$33.633,52 (R\$457.667,67 - R\$424.034,15).

Subsidiariamente, acaso acatado o pleito anterior, pugna seja determinada a retificação da multa de forma proporcional no que concerne a infração 02. Pugna ainda pela improcedência das infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 07, 08 e 09 de acordo com os fatos e fundamentos jurídicos apontados.

Protesta pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a posterior juntada de documentos bem como a perícia contábil, sob pena de cerceamento de defesa.

Os autuantes prestam Informação Fiscal (fls. 457 a 462).

Quanto à Infração 01, referindo-se ao argumento defensivo de que fora lançada com base em critérios não previstos em lei, combatem a impugnação, esclarecendo que como a autuada efetua as suas vendas majoritariamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, fez a apuração do ICMS

devido por antecipação tributária, utilizando a MVA prevista no Convênio 76/94, sendo que, em relação às demais saídas, deve ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se como base de cálculo o preço sugerido pelo fabricante ou importador, tudo conforme Parecer GECOT DITRI 15.786/06 e o art. 61-XV do RICMS/97. Quanto ao alegado equívoco nos cálculos, afirmam que a autuada não apontou quais seriam.

Com respeito à infração 02, alegam que a planilha Anexo IV demonstra que lá constam apenas operações sujeitas ao regime normal de tributação (e não sujeitas ao regime ST), não havendo como acatar a defesa.

Sobre a infração 03, referindo à alegação defensiva de que as notas fiscais autuadas foram lançadas, afirmam que a autuada não trouxe qualquer elemento que pudesse comprovar a sua alegação.

Na infração 04, sobre o argumento defensivo que as mercadorias autuadas tiveram o ICMS recolhido por antecipação tributária, alegam que a Lei do ICMS, o RICMS/97 e demais normas da legislação tributária estadual definem tais operações como sujeitas ao regime normal do imposto. Mantêm o lançamento também neste ponto.

Em relação à infração 05, explicitam a conduta infratora, afirmando que a empresa autuada não entendeu a questão na medida em que trouxe as mesmas alegações deduzidas para a Infração 04.

Na infração 06, alegam que a empresa, a despeito de asseverar que inexistia erro de cálculo, não traz qualquer elemento que respalde a sua afirmação. Mantêm o lançamento.

Quanto à Infração 07, afirmam que, apesar da alegação defensiva de que as mercadorias autuadas não estão enquadradas no regime de substituição tributária, de acordo com as folhas 289 a 290, os itens ali listados são seringas descartáveis, hidróxido de alumínio, luva de procedimento e hipoclorito de sódio, todos enquadrados no regime de antecipação tributária. Não acatam as alegações defensivas.

Acerca da infração 08, dizem que a despeito da alegação defensiva do recolhimento do tributo exigido, o autuado não trouxe qualquer elemento de prova da quitação do tributo exigido. Mantém a infração. Sobre a infração 09, atesta que os fiscais não fazem qualquer menção em sua informação fiscal.

Opinam pela manutenção do Auto de Infração em sua inteireza.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla as 09 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos.

Preliminarmente, verifico que o Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF/BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

A fiscalização descreveu detalhadamente os fatos objetos da autuação, tendo, inclusive, anexado os demonstrativos de débito pertinentes onde especifica os documentos fiscais objetos da autuação, descrevendo, conforme o caso, as mercadorias nele contidas. Entendo, assim, que o lançamento se encontra revestido das formalidades previstas em lei.

No mérito, na Infração 01, a acusação fiscal foi que o contribuinte efetuou recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, no valor total de R\$520.670,43.

O sujeito passivo opôs duas alegações. Relativamente às operações destinadas aos seus demais clientes (que não estão enquadrados como hospitais, clínicas ou órgãos públicos), afirma que o montante exigido de R\$63.002,76 não possui embasamento legal, conforme argumentos deduzidos à folha 426, abaixo reproduzidos.

“... Em relação ao montante acima, importa destacar que o mesmo não possui embasamento legal, visto que consoante assumido pelo próprio autuante, em sua justificativa para a autuação, o critério “diferença entre ST e PMC” foi utilizado com base num artigo publicado na revista publicada pela ABCFarma.

Ora, o direito tributário deve obedecer ao princípio da estrita legalidade, previsto constitucionalmente, não sendo, portanto, possível a utilização de critérios não previstos em lei para constituir crédito tributário em face do contribuinte.”

Quanto às operações destinadas a órgãos públicos, clínicas ou hospitais (no montante de R\$457.667,67), alega a existência de equívocos no seu cálculo, pois defende que o valor correto seria R\$424.034,15, conforme se pode também deduzir da leitura de trecho da sua impugnação à folha 426, abaixo reproduzido.

“Em relação a suposta diferença de substituição tributária persistente, qual seja, R\$457.667,67 (quatrocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e sessenta e sete reais, sessenta e sete centavos), acaso não entenda V. S^a, pela ilegalidade, visto que calculado sem parâmetros legais, importa destacar ainda um equívoco no seu cálculo.

Isto porque, ainda que admitido fosse esta diferença a mesma seria no valor de R\$424.034,15 (quatrocentos e vinte e quatro mil, trinta e quatro reais, quinze centavos), razão pela qual deveria ser refeita a auditoria dos referidos cálculos.”

Examinando as peças que respaldam a acusação fiscal, neste ponto, é possível perceber que no tipo infracional foram enquadrados dois tipos de operações: as saídas com destino às clínicas, hospitais e órgãos públicos; e as saídas com destino a outras empresas, conforme demonstrativos de débito auxiliares explicitados nos Anexos II (fls. 19 a 75) e III (fls. 76 a 150).

Quanto às operações destinadas às clínicas, hospitais e órgãos públicos (Anexo II), cujo montante do imposto exigido perfaz R\$457.667,67, o exame do aludido relatório revela que os autuantes elaboraram um detalhado demonstrativo de débito, mediante o qual relacionam todos os documentos fiscais objetos da autuação (enquadrados na situação indicada), especificando o número, a data de entrada, o CNPJ do destinatário e a descrição completa da mercadoria revendida. Demonstraram, ainda, neste mesmo anexo, todos os demais aspectos quantitativos da operação, deixando absolutamente transparente a metodologia adotada para apuração do imposto devido, evidenciar a ocorrência do fato gerador, elemento constitutivo do direito de lançar.

A exigência está corretamente fundamentada, nos termos do Decreto nº 11.872/2009, que dispõe sobre o regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, no que se refere a responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes, e promoveu alteração do Decreto nº 7799/2000, determinando a aplicação da redução de 28,53% unificando, assim a redução prevista pelo art. 3º-A do Decreto nº 7799/2000, assim como pelo art. 61 do RICMS/BA (aprovado pelo Decreto nº 6.284/97).

Competiria ao sujeito passivo, de sua parte, contrapor o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, de acordo com a estratégia defensiva adotada, tudo em conformidade com o art. 373 do Novo CPC.

Embora a autuada alegue a existência de “*ilegalidade e erro de cálculo*”, não especifica em que elementos se baseia para chegar a tais conclusões. Precisaríamos apontar, de forma específica, o erro alegado, indicando o documento ou o campo cujo conteúdo está em dissonância com a realidade, o que não aconteceu, tendo se limitado a afirmar que o valor correto seria R\$424.034,15 e que deveria ser refeita a auditoria.

Não logrou êxito, portanto, em seu intento de se opor ao lançamento, sucumbindo às provas acostadas pela fiscalização, naquilo que se refere às saídas citadas. Entendo, por isso, que restou provada a ocorrência da Infração 01, naquilo que se refere às operações destinadas às clínicas, hospitais e órgãos públicos (Anexo II).

Quanto às operações destinadas às demais empresas (Anexo III), cujo montante do imposto exigido perfaz R\$63.002,76, o exame do respectivo demonstrativo de débito revela, igualmente, que os autuantes se desincumbiram a contento do ônus processual de provar a ocorrência do fato constitutivo do direito de lançar, pois detalharam todos os aspectos fáticos das operações de saída

atuadas, bem como todos os demais aspectos quantitativos da operação, deixando evidente a metodologia adotada para apuração do imposto devido.

O sujeito passivo não nega os fatos que lhe foram atribuídos, mas discute a metodologia adotada para apuração da base de cálculo, entendendo que a fiscalização não poderia fazer uso do PMC - preço máximo permitido para venda ao consumidor utilizado com base na Revista ABCFarma - Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico..

A questão reside, portanto, na legalidade em adotar-se o preço máximo ao consumidor divulgado pela Revista ABCFarma como base de cálculo para apuração do imposto devido. Pois bem, examinemos a questão, à luz da legislação.

Considerando que a empresa atuada se caracteriza como contribuinte atacadista que efetua, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos (ponto que não foi controvertido), o recolhimento do ICMS-ST relativo às vendas não destinadas às entidades acima deverá obedecer ao critério previsto no art. 61, inciso XV do RICMS/97, cujo texto reproduzo a seguir.

“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 § 2º.

...

§ 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(grifos acrescidos);

...”

Ou seja, a base de cálculo deverá ser obtida em conformidade com o que determina o Convênio ICMS 76/94. Consultando os termos do convênio citado, noto que a metodologia de apuração da base de cálculo obedecerá ao que determina a sua Cláusula Segunda, conforme redação vigente, que reproduzo abaixo.

“Cláusula segunda. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (grifos acrescidos). (redação vigente de 11/10/96 até 16/04/14)”

Assim, como se pode constatar a partir da leitura dos dispositivos citados, a possibilidade de utilização do preço máximo ao consumidor, constante de tabela, decorre do Convênio 76/94, o qual achou por bem tomar por base a lista de preços a consumidor (divulgada pelo órgão competente) para apuração da base de cálculo do imposto. No caso em exame, o órgão competente é a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão interministerial responsável por regular o mercado e estabelecer critérios para a definição e o ajuste de preços.

Frise-se, que a ABCFarma não elabora a lista de preços, mas apenas divulga essa informação para os seus associados. A simples consulta ao site da ABCFarma (<http://abcfarma.org.br>) revela que tal entidade presta o serviço de divulgar a relação de preços sugeridos ao consumidor final, o que se presta a servir de base de cálculo para apuração do ICMS-ST.

Assim, não procede a alegação defensiva de violação ao princípio da legalidade, uma vez que o uso de tabela de preços para apuração do ICMS-ST decorre do próprio Convênio 76/94, firmado no âmbito do CONFAZ, devidamente autorizado pela Constituição Federal e acordados entre os Estados Signatários.

Face ao exposto, a Infração 01 resta integralmente procedente.

A segunda infração trata da aplicação da multa de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial (art. 12-A da Lei 7.014/96), estando as operações registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor total de R\$10.274,71.

Os demonstrativos sintéticos que instruem a exigência foram elaborados pelos Auditores fiscais discriminando as operações de aquisição de mercadorias para comercialização, não sujeitas ao regime de substituição tributária, acostados aos autos, fls. 152 a 164 (anexo IV). Todos os demonstrativos foram recebidos pelo autuado.

Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (Art. 12-A, da Lei 7.014/96; art. 352-A, RICMS BA-97).

Consoante estabelece o art. 125, II, “f” do RICMS BA-97, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, na entrada no território deste Estado, salvo se o contribuinte for credenciado para o pagamento posterior, no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Considerando que o contribuinte não recolheu o ICMS antecipação parcial, no momento estabelecido na legislação, mas, o fazendo, em momento posterior, nas saídas tributadas regularmente, atrai a incidência da multa de 60% sobre o imposto não recolhido por antecipação parcial, nos termos do art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, com redação da Lei nº 10.847, de 27/11/2007.

O sujeito passivo limita-se a afirmar que esta infração é consequência da infração anterior; pede ainda que, improcedente sua alegação primeira, que seja reduzida a exigência de forma proporcional, sem deduzir qualquer outro argumento mais consistente, no sentido de obstar o lançamento. Em sua informação fiscal, os autuantes frisam que a infração não tem por objeto mercadorias sujeitas ao regime ST, mas sujeita ao regime normal.

De fato, o direito assiste aos Auditores do Fisco estadual, pois o regime de antecipação parcial somente abrange mercadorias sujeitas ao regime ST, conforme já anunciado, não existindo qualquer relação com as operações atinentes à Infração 01.

Diante do exposto, considerando os valores do ICMS antecipação parcial, ainda que recolhido no momento da saída, mas sem o recolhimento por antecipação, no prazo regulamentar, subsiste a imposição da multa de 60%, no total de R\$10.274,71.

Quanto à Infração 03, a acusação fiscal está assim descrita: *“Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios”*.

Nas razões, o autuado afirma que as notas fiscais exigidas (números 13.333, 13.386, 13.389, 13.570 e 13.631) são da competência 11/2011 e que foram escrituradas no Livro Registro de Saídas.

Examinando os autos do processo, noto que os Auditores acostaram ao processo administrativo fiscal - PAF, o Anexo V, no qual se encontram relacionadas todas as notas fiscais que deixaram de ser lançadas na escrita fiscal do sujeito passivo (fls. 166 a 167). As cópias do livro Registro de Saídas, relativo ao mês de novembro de 2011 (fls. 357 a 358) não fazem prova da escrituração efetiva das notas fiscais, objeto da lide. Competiria ao autuado manejar a sua defesa, não apenas com a alegação de ter escriturado os documentos fiscais apontados pelo fisco, mas, com os elementos de prova nesse sentido. O que não ocorreu.

Diante da exposto, a infração 03 resta também subsistente.

Com relação à Infração 04, a acusação fiscal é que o sujeito passivo deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, estando as mesmas regularmente escrituradas, totalizando R\$15.937,32.

Os demonstrativos que dão esteio à exigência tributária encontram-se encartados aos autos, às fls. 168 a 218 (Anexo VI), discriminando as operações que, segundo o Fisco, deveriam ser tributadas regularmente e, segundo o autuado, tais mercadorias estão sujeitas ao regime da Substituição Tributária e com a fase de tributação encerrada.

É nesse sentido o argumento da defesa, aduzindo que não merece prosperar a presente infração, pois os produtos com CST 060, na saída, seguem o regime da substituição tributária, não havendo o que se falar em ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Examinando as peças coladas aos autos, observo que os Auditores relacionaram no demonstrativo retro aludido, diversos medicamentos, descritos como sonda, cateter, tubo endotraqueal, classificados na posição NCM 9018.39; espelho vaginal descartável NCM 9018.9; atadura NCM 9021; coletor, almotolia NCM 3926. Confrontados tais produtos com aqueles listados no art. 353, inciso II, item 13 do RICMS/97 (que repete os produtos constantes do Convênio 76/94), não se visualiza qualquer item cuja descrição coincida com aquela feita no lançamento fiscal.

Embora o sujeito passivo afirme que tais mercadorias estão submetidas ao regime da substituição tributária, não traz qualquer elemento que possa provar tal assertiva; em contrário, verifiquei que os produtos, objeto da lide, não estão relacionados no regime de pagamento por substituição tributária e não poderia ocorrer suas respectivas saídas sem a regular tributação. A infração 04 é também procedente.

Quanto à Infração 05, a acusação fiscal é semelhante: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*.

O demonstrativo que serve de base para a exigência tributária encontra-se encartado aos autos, às fls. 220 a 279 (Anexo VII). Nesse caso, nas operações discriminadas, o ICMS foi destacado normalmente, nas respectivas notas fiscais, não consignados, contudo, no livro de Registro de Saída de Mercadorias,

A defesa opõe-se, repetindo a mesma alegação anterior de que as mercadorias autuadas seguem o regime da substituição tributária.

Observo que tais alegações sequer guardam pertinência com a acusação fiscal. Sendo o imposto destacado nos documentos fiscais de saída, salvo alguma exceção legalmente prevista, o contribuinte precisa lançá-lo no livro fiscal próprio, ainda que venha a estornar no Livro Resumo de Apuração, nas hipóteses previstas.

Ainda assim, confrontando tais produtos com aqueles listados no art. 353, inciso II, item 13 do RICMS/97 (que repete os produtos constantes do Convênio 76/94), não se visualiza qualquer item cuja descrição coincida com aquela feita no lançamento fiscal.

Dessa forma, resta também caracterizada a infração 05.

Na infração 06, a exigência reside no recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

Apesar de a fiscalização ter elaborado demonstrativo (fls. 281/286 - Anexo VIII) com a discriminação das diversas operações em que o autuado destacou o ICMS regularmente, nas notas fiscais de saída, lançando, contudo, no livro Registro de Saída de Mercadorias, em valor inferior, o autuado simplesmente alegou que *“a exação não merece prosperar, visto que inexistente erro no cálculo a apuração do valor do imposto devido.”*

Mais uma vez, o sujeito passivo não se desincumbiu do seu ônus processual em evidenciar o fato extintivo do direito de lançar o imposto, pois não especificou a sua contrariedade em relação ao demonstrativo anexado ao Auto de Infração, demonstrativo que discrimina todos os documentos fiscais, indicando o valor devido em cada situação e confrontando com aquele lançado pelo sujeito passivo no Livro Registro de Saídas.

Optou o autuado por uma defesa em negativa genérica, vedada pelo ordenamento jurídico. A infração 06 é procedente.

Na Infração 07, a fiscalização acusa o sujeito passivo de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, no valor de R\$656,98.

A defesa opõe-se, alegando que os créditos lançados não se referem a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme se vê à fl. 428-a, em trecho abaixo reproduzido.

“Ocorre que tal exação não merece prosperar. Isto porque, de acordo com as planilhas anexadas ao referido auto de infração, os créditos de ICMS utilizados não são de mercadorias objeto do regime de substituição tributária”

Em sua informação fiscal, os Auditores explicam que os itens descritos nas planilhas (fls. 289 a 290), enquadram-se, todos, no regime de substituição tributária.

Examinando as peças colacionadas ao PAF, o Anexo IX (fls. 289/290) e a Informação Fiscal dos autuantes (fl. 460), é possível constatar que as mercadorias ali descritas efetivamente se enquadram no regime de substituição tributária, conforme Cláusula Primeira do Convênio 76/94, recepcionado na legislação desse Estado, na forma do art. 353, inciso II, item 13 do RICMS/97. A saber: seringas descartáveis, NCM/NBM 9018.31; hidróxido de alumínio (medicamento), NCM/NBM 3004; luvas de procedimento, NCM 4015.19.00 ou ainda o hipoclorito de sódio, produto classificado na NBM/SH 2828.90.11 (utilizado como biocida para tratamento de água industrial), sujeito ao regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 106/09.

Em relação a tais produtos, o contribuinte não poderia efetuar a apropriação de respectivos créditos de ICMS. Infração caracterizada.

Na infração 08, a exigência decorre da falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquotas, no valor total de R\$1.204,04, conforme demonstrativos anexados aos autos, às fls. 293/297.

Nas razões, alega o sujeito passivo que, no período apontado na exação fiscal, não houve o ingresso de mercadorias registrada no livro Registro de Entrada de Mercadorias e nos CFOP,s 2.550, 2.551 ou 2.556, correspondente a operações com bens do ativo imobilizado e materiais para uso ou consumo.

A tributação do Diferencial de Alíquota está tipificado em nossa Constituição Federal de 1988, no seu artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII. No Estado da Bahia, instituída a exigência na Lei 7.014/96 (art. 2º inciso IV). A norma esteve regulamentada no Decreto 6.284/97 (1º, § 2º, IV do RICMS /BA), vigente, na época dos fatos ocorridos, até 31.03.2012.

O art. 5º, I do RICMS-BA/97 define assim o momento da incidência, para efeito do pagamento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;

O autuado não faz quaisquer considerações específicas acerca das exigências e o direito não lhe assiste na tese negativa de que não adquiriu produtos sujeitos à incidência do ICMS-DIFAL. Constan dos autos, cópias do livro de Registro de Entrada de Mercadorias, às fls. 316, 320, 322 e 324, provas de que o contribuinte efetivamente registrou em sua escrita, operações com os CFOP,s 2.551 e 2.556, diferentemente da alegação defensiva.

Portanto, resta caracterizada a infração 8, no valor de R\$1.204,04.

Por fim, na infração 09, a acusação é que o contribuinte “*Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios*”, em relação ao período de novembro de 2011, no valor de R\$11.204,99.

Na mesma tese adotada, em todos os itens do presente Auto de Infração, a defesa simplesmente nega o cometimento da infração apontada, sem apresentar quaisquer elementos que sustentem suas assertivas.

Examinando a série de recolhimento efetuado pelo autuado constante na base de dados da Fazenda Pública desse Estado, no seu sistema de pagamento, não se extrai o pagamento no período descrito na inicial dos autos. O estabelecimento, através dos seus prepostos, novamente nesse caso, não traz qualquer prova ao PAF, nesse sentido, não logra êxito em se desincumbir do seu ônus processual em provar o fato extintivo alegado.

Posto isso, resta caracterizada a infração 09.

Face ao exposto, julgo INTEGRALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269353.0702/15-0**, lavrado contra **MECFARMA DISTRIBUIDORA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$580.881,69**, acrescido das multas de 60% sobre R\$580.017,07 e de 100% sobre R\$864,62, previstas no art. 42, inciso II, alíneas "a", "d" e "f", VII, “a” e no inciso III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$10.274,71**, prevista no inciso II, alínea “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR