

A. I. Nº - 2069513013/16-2
AUTUADO - FARMAGROUP CENTRAL DE COMPRAS SPE LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - 25.05.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0064-02/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/09/2016, objetiva constituir crédito tributário no valor histórico de R\$706.404,62, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 07.01.02 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, conforme demonstrativo de cálculo e Notas Fiscais de entradas em mídia. Multa 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 80 a 92, mediante advogado habilitado nos autos, faz uma síntese fática quanto aos pleitos para celebração do Termo de Acordo previsto no Decreto nº. 11.872/2009, aduzindo que o autuado goza de regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário efetuadas por distribuidor de medicamentos localizado neste Estado.

Diz que em 05/02/2015, o autuado protocolizou requerimento para celebração de Termo de Acordo a fim de gozar do benefício fiscal previsto no Decreto nº. 11.872/2009, tendo sido indeferido, conforme Parecer nº. 3551/2015, segundo o qual: 1) o contribuinte não vinha apresentando Escrituração Fiscal Digital; 2) não estaria na faixa de faturamento de R\$3.600.000,00 por ano.

Frisa que em 08/04/2015, apresentou novo requerimento, cujo resultado segundo Parecer nº. 9409/2015, também indeferido, cujas razões consignaram: 1) que não houve faturamento em 2014 para aferição do requisito do art. 3º, V, do Decreto nº. 11.872/2009; 2) que o faturamento entre 20/04/2015 e 05/05/2015 de R\$ 80.750,48 não alcançaria a proporcionalidade exigida; 3) que a declaração de previsão de faturamento não supriria o requisito do citado dispositivo legal.

Destaca que em 07/12/2015, foi apresentado novo pedido administrativo com indeferimento pelo Parecer nº. 30096/2015. Na ocasião, o parecerista consignou, em 21/12/2015, que analisando o faturamento até outubro de 2015, já se aproximava o valor de R\$3.600.000,00 e que a empresa foi aberta em 18/04/2013. Por fim, recomendou que o autuado formalizasse novo pedido após seu indeferimento.

Salienta que, finalmente, o Impugnante reiterou seu pleito mediante petição cadastrada em 07/01/2016, com deferimento em 04/03/2016 nos termos do parecer nº. 5182/2016. No deferimento

consignou-se que em 2015 o autuado faturou R\$4.615.065,61; que estaria regular e, principalmente, que o benefício produziria efeitos retroativos desde 07/01/2016.

Destaca que as diferenças cobradas a título de antecipação tributária devem-se, justamente, ao fato que a Autuante procedeu ao cálculo do imposto considerando como base de cálculo do ICMS ST, o PMC (Preço Máximo ao Consumidor), enquanto o autuado procedeu os cálculos utilizando o benefício fiscal do Decreto nº. 11.872/2009. Conforme se verifica da sucessão de fatos demonstrado, o autuado teve inconstitucionalmente e ilegalmente indeferidos seus pleitos pelo benefício fiscal, conforme razões que serão adiante expostas.

Entende que houve ilegalidade no indeferimento e desrespeito ao devido processo legal, citando que o art. 18, II, do RPAF dispõe que são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa. Enquanto o art. 87, do RPAF, dispõe que nos pedidos de reconhecimento de benefício fiscal caberá recurso voluntário ao Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, possibilidade essa da qual o Impugnante nunca foi intimado.

Salienta que, como tem visto, quando do deferimento os efeitos do benefício são concedidos com data retroativa ao cadastramento do pedido na Secretaria da Fazenda. Acaso observado o devido processo legal estabelecido no RPAF, muito provavelmente, o benefício fiscal teria sido concedido desde o primeiro pleito com data retroativa a 05/02/2015, o que esvaziaria completamente a presente discussão.

Aduz que em análise dos pareceres pelo indeferimento notam-se diversos erros cometidos pelo Estado. No Parecer nº 3551/2015, datado em 25/02/2015, o parecerista consignou como razões do indeferimento que o contribuinte não vinha apresentando Escrituração Fiscal Digital e que não estaria na faixa de faturamento de R\$3.600.000,00 por ano. Argumenta que acaso concedido o direito à ampla defesa para que o Impugnante se manifestasse teria apresentado razões para explicar que à época da análise suas atividades operacionais não haviam sequer iniciado, pois conforme se depreende do auto de infração iniciou as compras de mercadorias para revenda no mês de abril de 2015, portanto após o parecer, razão pela qual não poderia apresentar qualquer informação na EFD. Ainda assim, aduz que a irregularidade em questão, observando os princípios que regem o procedimento administrativo fiscal, poderia ter sido sanada em diligência pela qual o contribuinte fosse intimado a fazê-lo.

Salienta que, por outro lado, o requisito do art. 3º, V, do Decreto nº. 11.872/2009 não exige que o faturamento anual tenha sido auferido no ano anterior, ao contrário, a previsão ampla com o verbo no tempo presente impõe que a autoridade administrativa analise o faturamento previsto para o ano em curso. Na pior das hipóteses, considerando que a praxe da Administração é conceder o benefício retroativo à data do protocolo do pedido, caberia diligência para aguardar alguns meses de faturamento a fim de analisar se, ao menos, proporcionalmente o contribuinte cumpriria a citada exigência. Desproporcional é impor ao contribuinte em início de atividade operacional, porém com previsão de faturamento superior ao citado piso, que concorra em condições de extrema desigualdade com os demais em gozo do benefício, cujos reflexos no preço são muito representativos.

Lembra que até 28/03/2013 se exigia faturamento anual superior a R\$12.000.000,00, tendo sido o citado dispositivo regulamentar alterado para contemplar os contribuintes com faturamento igual ou superior a R\$ 3.600.000,00, ou seja, quando da alteração se pretendeu proporcionar o citado benefício ao maior número possível de contribuintes, com exclusão daqueles já beneficiados pelo Simples Nacional.

Entende que o Estado, agindo arbitrariamente e ilegalmente, preferiu o caminho do indeferimento sem observância dos basilares princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, devendo, por isso, a primeira decisão ser corrigida por este CONSEF, reconhecendo administrativamente a vigência do benefício desde 05/02/2015.

Afirma que sucessão de arbitrariedades se repetiu, ainda, em todos os demais pedidos sucessivos utilizados pelo Estado como sucedâneos dos recursos que foram ilegalmente suprimidos do procedimento de reconhecimento do benefício fiscal.

Aduz que no segundo pleito indeferido, o Estado utilizou-se de uma proporcionalidade relativa aos meros primeiros 15 dias de faturamento para afirmar que não alcançaria o requisito do art. 3º, V, do Decreto nº 11.872/2009, sequer por proporcionalidade. Sustenta que empresa em seus primeiros 15 dias de operação efetiva ainda se encontra em processo de abertura de mercado e consolidação de práticas comerciais, não sendo justo ao Estado escolher amostra tão limitada, sobretudo, nesta hipótese em que a previsão de faturamento mostrou-se fidedigna e foi superada ao fim do exercício.

Assegura que no terceiro pedido indeferido, o parecerista entendeu que o faturamento anual já se aproximava do piso exigido, porém, ao invés de conceder oportunidade para manifestação do Impugnante, quando lhe teria sido suscitada a necessidade de observar o critério da proporcionalidade mal observado no pleito anterior e neste já alcançado.

Enfim, nota que o Estado da Bahia de forma arbitrária e ilegal apreciou 3 pedidos de reconhecimento do benefício, sem observar os princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e o direito à dupla instância administrativa assegurado no art. 87 do RPAF, para apenas no quarto pedido deferir o benefício com data retroativa ao protocolo do referido pleito.

Argumenta que caso observada a sucessão de pedidos ilegalmente indeferidos, o Estado da Bahia ainda tinha a oportunidade de sanar as falhas cometidas, concedendo o benefício com data retroativa à data do protocolo do primeiro pedido, sobretudo, porque comprovou-se que em 2015 o Impugnante auferiu faturamento superior ao teto exigido por lei.

Destaca que analisando a RELAÇÃO DAS DISTRIBUIDORAS DE MEDICAMENTOS COM REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO ATIVO, publicada pelo Estado em seu sítio da internet <http://www.sefaz.ba.gov.br/especiais/distribuidoras_produtos_farmaceuticos_medicinais.pdf> identificam-se pareceres de 2010, cujo benefício retroagiu ao início do ano anterior, tal como ocorrido com as empresas ACRIPEL DISTRIBUIDORA PERNAMBUCO LTDA e BAIANA MEDICAMENTOS LTDA. Esses estão nítidos pela diferença entre o ano do parecer e o ano anterior para a vigência do benefício. É certo que se o Estado apresentar lista com comparação entre a data do parecer e a data da vigência do benefício esta tese estará devidamente demonstrada e comprovada.

Diz que essa conduta era, inclusive, esperada pelo sujeito passivo em função das práticas reiteradamente observadas pela Administração quando da concessão de benefícios com data retroativa ao protocolo do pleito. Por isso, e em função da completa impossibilidade fática de concorrer num mercado em que os demais concorrentes gozam do citado benefício e da certeza que detinha os requisitos exigidos para gozo do benefício pleiteado e indevidamente negado, apurou e pagou o ICMS por substituição tributária na aquisição de medicamentos conforme metodologia estabelecida no Decreto nº. 11.872/2009.

Entende que nesta oportunidade cabe ao CONSEF restaurar o *status quo*, evitando a chegada de uma demanda ao Judiciário cujo êxito do contribuinte é muito provável, sobretudo, em função da inobservância ao devido processo legal em prejuízo do direito ao gozo do benefício fiscal.

Diz que: *Por isso, será requerido, considerando os termos da cláusula quarta do Termo de Acordo celebrado com o Estado que o presente PAF seja remetido à Diretoria de Planejamento da Fiscalização para que o referido Diretor possa manifestar-se corrigindo o ato para considerar como data da vigência do Termo de Acordo o protocolo do primeiro pedido em 05/02/2015.*

Aduz ilegalidade da base de cálculo, pois analisando o demonstrativo fiscal nota-se que a Autuante, quando diante de medicamentos, utilizou como base de cálculo do ICMS Antecipação Tributária o PMC, aplicando redução de base de cálculo de 10% prevista no art. 268, VIII, do RICMS 2012 e a alíquota interna de 17%. Tal cálculo, todavia, apresenta-se contrário ao ordenamento jurídico, uma vez que toma por base "pauta fiscal", proibida em conformidade à

Súmula nº. 431 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "*é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal*".

Destaca que a ilegalidade da cobrança do ICMS com base em PMC já foi reconhecida pelo Poder Judiciário, transcrevendo trecho de decisão sobre o tema. Dessa forma, entende que não reconhecida a vigência retroativa do benefício fiscal do Decreto nº 11.872/2009, o que se requer por eventualidade, o presente auto de infração deverá ser julgado improcedente em função da ilegalidade da base de cálculo estabelecida pelo critério de pauta fiscal.

Quanto ao ano de 2015, frisa que a maior parte dos valores cobrados, dentre outros erros, deve-se ao cálculo pelo PMC e fora do regime beneficiado instituído pelo Decreto nº 11.872/2009.

Em 2016, diz que a auditoria fiscal cometeu alguns erros que serão enumerados a fim de demonstrar a improcedência da infração:

Quanto à competência março de 2016, nota-se que o Impugnante apurou e pagou ICMS ST no valor de R\$ 35.160,91, enquanto a Secretaria da Fazenda apurou R\$ 29.611,84, tendo sido considerados pagos apenas R\$ 10.426,45, resultando no valor infracional de R\$ 19.185,39. O valor apurado erroneamente pela Autuante, contudo, está superado pela quantia paga de R\$ 35.160,91.

Na competência abril/2016 ocorreu, também, equívoco semelhante, tendo a autuante considerado apurado o valor de R\$ 67.686,41 e pagos apenas R\$ 6.381,45, quando na verdade o autuado apurou e pagou na competência o valor de R\$ 149.334,14.

Em maio de 2016, a autuante considerou devidos R\$ 65.221,74, pagamentos de R\$ 22.140,78, resultando numa diferença de R\$ 43.080,96. Analisando a escrituração do Impugnante, bem como os pagamentos, nota-se que apurou e pagou o valor de R\$ 50.483,69.

Dessa forma persistiria, a princípio, uma diferença de R\$ 14.738,05 que, também, é inexistente conforme as seguintes razões: 1) cobrança equivocada da antecipação tributária para itens em regime normal, tais como: álcool gel, tesoura, escova para limpeza, sabonete, diluente para esmalte e protetor solar em conformidade às notas fiscais nº. 935718, 935719, 935720, 273444, 74396, 944921, 30017, 275718, 19171, 955544, 955569; 2) utilização do MVA 81,46% presente no Anexo 1 para vendas em sistema porta-a-porta ao invés do MVA 60,30% previsto para itens como mamadeiras e chupetas; 3) notas emitidas pelos fornecedores no mês de maio/2016, porém recebidas pelo autuado em meses subsequentes e que, por isso, devem ser excluídas da cobrança, tais como: 47366, 28921, 29015, 82165, 76625 e 76633.

Assim, salienta que analisando com maior rigor o auto de infração vê-se que é manifestamente improcedente em razão da cobrança do ICMS ST pelo PMC, com a inobservância do benefício do Decreto nº. 11.872/2009, quanto às competências de 2015 e erro material da autuante quanto às competências de 2016, para as quais reconhece a vigência do benefício.

Requer a realização de diligência, para demonstrar a prática reiterada da Administração Tributária em conceder os benefícios do Decreto nº. 11.872/2009 de forma retroativa, tal como demonstrado pelo Parecer nº. 5182/2016, bem como para aferir os critérios quanto à concessão retroativa, tendo em vista a discricionariedade da decisão administrativa, com o objetivo de aferir a forma como vem sendo analisado o requisito do art. 3º, V, do Decreto nº. 11.872/2009, bem como firmado o marco temporal para concessão retroativa do benefício.

Requer, ainda, seja baixado em diligência, considerando os termos da cláusula quarta do Termo de Acordo celebrado com o Estado, e remetido à Diretoria de Planejamento da Fiscalização para que o referido Diretor possa manifestar-se corrigindo o ato para considerar como data da vigência do Termo de Acordo o protocolo do primeiro pedido em 05/02/2015.

Ao final, requer que:

1) deferida a diligência, com fulcro no art. 145, do RPAF, a fim de levantar todos os processos em que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia já deferiu os benefícios do Decreto nº. 11.872/2009 a contribuintes a fim de analisar a interpretação comumente adequada do art. 3º, V, do Decreto nº. 11.872/2009, bem como os critérios para a concessão retroativa do benefício;

2) seja deferida a diligência e remetido os autos ao DPF para, conforme cláusula quarta do Termo de Acordo, decidir sobre a alteração da data de vigência do benefício, consignando-a como 05/02/2015.

3) seja julgado totalmente improcedente o lançamento fiscal impugnado.

Requer-se, ainda, o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como “custus legis”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária, para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações.

A autuante presta Informação Fiscal, fl. 161 a 165, destaca que o autuado insurgindo-se quanto à Infração única do auto, especialmente no que se refere à legalidade da legislação aplicada para base de cálculo da Antecipação tributária (PMC) e de três indeferimentos, proferido pela SEFAZ em processos nos quais o autuado pleiteava o benefício do Dec.11.872/2009, requerendo a vigência retroativa do benefício. Destaca, a autuante, que foge a competência dos órgãos julgadores e com maior razão ainda da agente do fisco a quem cabe apenas aplicar a legislação.

Quanto ao argumento defensivo de ilegalidade dos indeferimentos, aduz que os autores dos pareceres estavam com a razão, já que a empresa não fez a escrita fiscal e consequente apuração do ICMS, e por esse motivo foi também autuada, quando da mesma auditoria que deu origem a lavratura do presente auto, conforme AI de nº 206.951.3012/16-6 (falta de apuração do ICMS e consequente falta de pagamento).

Destaca, ainda, que o contribuinte também não possuía faturamento suficiente exigido para tal. Para justificar o valor do faturamento apresentou em 18/08/2016 DMA RETIFICADORA, quando a empresa já estava sob ação fiscal iniciada em 01/07/2016, conforme intimação fls. 05 do PAF, o que realmente não server como prova no caso em apreço.

No tocante ao argumento de ilegalidade da base de cálculo, tentando demonstrar que o **preço máximo ao consumidor**, (PMC) da ANVISA –CMED seria inconstitucional e que o mesmo é considerado **pauta fiscal** e por isso padece de ilegalidade, frisa que o mesmo não procede, já que o PMC está informado nas Notas Fiscais as quais serviram de base à apuração do imposto.

Destaca que o procedimento fiscal foi feito baseado na legislação e nos documentos existentes na SEFAZ onde prova, fls. 64 a 68 do PAF, que a autuada não usufruía do benefício Fiscal do supracitado para o exercício de 2015.

Diz que a quase totalidade das autuações que buscam recuperar o imposto deixado de recolher a título de substituição tributária sobre medicamentos e produtos correlatos, tem utilizado o mesmo aplicativo adotado pela SEFAZ, de modo que não resta dúvidas quanto ao acerto de sua aplicabilidade, nem quanto à exatidão dos cálculos.

Acrescenta que, dada a sonegação generalizada, calcular a antecipação a partir dos preços constantes das Notas Fiscais, não se chegaria a lugar nenhum, haja vista que na maioria ditos preços são subfaturados. Basta ver alguns dos casos confrontando-se os valores do PMC informado nos documentos e os constantes da Nota Fiscal correspondente, anexada por cópia em mídia, onde se observam produtos com preços máximos de venda ao consumidor nos valores cuja margem de lucro bruto alcançaria patamar superior a 1.000%, obviamente inconcebível.

Quanto às alegações de ilegalidade da norma regulamentar do RICMS aplicada, feita pelo patrono da recorrente, ressalta que o art. 167 do RPAF não permite nem que os julgadores apreciem a matéria. Assim expressa:

Art. 167 – Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I- a declaração de inconstitucionalidade;

Argumenta que se falta competência aos órgãos julgadores, para apreciar e julgar a ilegalidade da legislação aplicada, com maior razão faltará ao agente do fisco, mesmo porque se trata de matéria já julgada por esse Conselho, que se diga de passagem, tem se manifestado a favor da autuação em várias decisões.

Em relação aos alegados erros na apuração no exercício de 2016, as fls. 89 e 90 do PAF, a defesa afirma que houve pagamentos não considerados pela autuante, esclarece que isso se deu porque a auditoria foi executada com informações do INC até a data da intimação 01/07/2016 (fls. 05 do PAF). E os pagamentos foram efetuados após essa data conforme documento anexo, o que não exime o contribuinte da obrigação de recolher a multa e os acréscimos moratórios sobre esses valores.

No tocante a alegação de que ainda a inclusão de algumas mercadorias no cálculo da Antecipação tributária, frisa que analisando os referidos documentos e os anexos chega-se a seguinte conclusão:

Os produtos referentes às NFs..nº 273444 estão classificado na posição do anexo 19.18 cod.3307.90; NF.74396 posição 19.27 código 9303.29; NF. nº 30017 posição 19.20 cod. ;nº275718 posição 9,1 cod.3004; nº nº19171 posição 19. cod.3304 do anexo único do regulamento cópia anexa.

Os documentos de nº935718-935719-935720-955544-955569 (mercadoria álcool gel) foram retirados dos cálculos da ST o que resultou em uma redução do crédito reclamado de R\$706 404,62(setecentos e seis mil quatrocentos e quatro reais e sessenta e dois centavos) para R\$701.274,86(setecentos e hum mil duzentos e setenta e quatro reais oitenta e seis centavos) e mais acréscimos legais. Conforme demonstrativos anexos.

Quanto aos documentos de nº47366; 28921; 29015;82165;76625;e 76633 não foram retirados dos cálculos porque a OS. De nº 503920/2016 determinava que a fiscalização fosse feita até 30/06/2016.Conforme documentos em anexo. Portanto dentro do período fiscalizado!

Destaca que considerou válidas as alegações defensivas em relação a inclusão de algumas NFs, supra mencionadas, tanto que realizou minuciosa revisão do lançamento de ofício e elaborou novo demonstrativo e documentos, anexo a informação fls.166 a 202.

Quanto às demais alegações, mantém todos os termos da autuação, inclusive a forma de cálculo do ICMS devido por antecipação.

Ao final, opina pela manutenção parcial da autuação.

Em nova manifestação defensiva, fls. 209 a 213, após receber cópia da informação fiscal e dos documentos acostados, frisa que não foi contestado o fato demonstrado pelo Impugnante, segundo foram apreciados 3 pedidos de reconhecimento do benefício, sem observar os princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e o direito à dupla instância administrativa assegurado no art. 87 do RPAF.

Alega que também não houve oposição fiscal ao pedido do Impugnante, considerando os termos da cláusula quarta do Termo de Acordo celebrado com o Estado que o presente PAF seja remetido à Diretoria de Planejamento da Fiscalização para que o referido Diretor possa manifestar-se corrigindo o ato para considerar como data da vigência do Termo de Acordo o protocolo do primeiro pedido em 05/02/2015.

Quanto ao exercício de 2016, frisa que a auditoria fiscal cometeu alguns erros não reconhecidos pela autuante na informação fiscal sob o argumento que os débitos foram pagos após 01/07/2016 quando teria recebido intimação do início de ação fiscal, conforme especificou:

Quanto à competência março de 2016, considerando os novos demonstrativos após informação fiscal, nota-se que o Impugnante apurou e pagou ICMS ST no valor de R\$ 35.160,91, enquanto a Secretaria da Fazenda apurou R\$ 30.587,64, tendo sido considerados pagos apenas R\$ 11.514,77, resultando no valor infracional de R\$ 19.185,39. O valor apurado erroneamente pela Autuante, contudo, está superado pela quantia paga de R\$ 35.160,91.

Na competência abril/2016, considerando os novos demonstrativos após informação fiscal, ocorreu equívoco semelhante, tendo a autuante considerado apurado o valor de R\$ 68.180,49 e pagos apenas R\$ 6.875,53, quando na verdade a Impugnante apurou e pagou na competência o valor de R\$ 149.334,14.

Em maio de 2016, a autuante considerou devidos R\$ 60.604,42, com pagamentos de R\$ 22.653,22, resultando numa diferença de R\$ 43.080,96. Analisando a escrituração do Impugnante, bem como os pagamentos, nota-se que apurou e pagou o valor de R\$ 50.483,69.

Destaca que a autuante remeteu nova planilha com diversas alterações, ressaltando a inclusão de diversos itens em regime normal, bem como erros de MVA, tais como:

álcool gel anti-séptico com NCM 2208.90.00 e NCM 2207.10.90; água oxigenada com NCM 2847.00.00; óleo vaselina com NCM 2710.19.91; violeta genciana com NCM 3204.13.00; asseptgel com NCM 2207.10.90 e com NCM 3824.90.89; medcall com NCM 2106.90.30; repelente com NCM 3808.91.99; água oxigenada com NCM 2847.00.00; teste de gravidez com NCM 3822.00.10; megavital com NCM 2106.90.30; sabonetes com NCM 3401.11.90; bolsas com NCM 4202.22.20 utilizadas como brindes; óxido de zinco com NCM 2817.00.10; cartão com NCM 8523.52.00; diversos itens com NCM 2106.90.30; diversos itens com NCM 3401.30.00; solução sorimax com NCM 3307.90.00; halisept com NCM 3306.90.42; tesoura com protetor com NCM 8214.20.00; protetor de mamilo com NCM 3924.90.00, dentre outros itens não incluídos

no Anexo I do RICMS 2012, porém postos de forma genérica pela autuante em sua cobrança; utilização do MVA 81,46% presente no Anexo I para vendas em sistema porta-a-porta ao invés do MVA 60,30% previsto para itens como mamadeiras e chupetas; notas emitidas pelos fornecedores no mês de maio/2016, porém recebidas pela Impugnante em meses subsequentes e que, por isso, devem ser excluídas da cobrança, tais como: 47366, 28921, 29015, 82165, 76625 e 76633.

Ao final, reitera:

1) deferida a diligência, com fulcro no art. 145, do RPAF, a fim de levantar todos os processos em que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia já deferiu os benefícios do Decreto nº. 11.872/2009 a contribuintes a fim de analisar a interpretação comumente adequada do art. 3º, V, do Decreto nº. 11.872/2009, bem como os critérios para a concessão retroativa do benefício;

2) seja julgado totalmente improcedente o lançamento fiscal impugnado.

Em nova informação fiscal a autuante, fls. 252 e 253, acerca das razões do impugnante, salienta que a mesma tem visivelmente caráter protelatório, já que volta a alegar a inconstitucionalidade da constituição do crédito, assunto já tratado na informação anterior.

Destaca que volta também a alegar que houve pagamentos não considerados pela agente fiscal, afirmando que a auditoria considerou os valores a menor nos pagamentos efetuados pela empresa, entretanto, não apresenta documentos provando suas alegações defensivas. Salienta que a autuante demonstra através dos documentos de folhas 187 que os pagamentos aos quais a defesa se refere foram todos realizados nos meses de julho e agosto de 2016, quando a impugnante já estava sob ação fiscal.

Realça que volta a contestar ainda, a inclusão de algumas mercadorias no cálculo da Antecipação tributária, porém, os equívocos apontados nos cálculos da ST em relação as mercadorias, que porventura não estariam enquadradas no Regime de Substituição Tributária já foram sanados na revisão realizadas, sendo todos os cálculos refeitos por ocasião da informação de fls.162 à 203.

Quanto às notas fiscais nº 47366, 28921, 29015,82165, 76625 e 76633, destaca que como já foi dito, não foram retiradas do cálculo da ST por pertencer ao período fiscalizado, que no caso em apreço é 30/06/2016, conforme OS de nº 5039/2016, fls. 197 do PAF. Portanto, mais de trinta dias após a emissão dos documentos e dentro do período fiscalizado.

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

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração imputando ao sujeito passivo ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, conforme demonstrativo de cálculo e Notas Fiscais de entradas nem mídia.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade no tocante aos indeferimentos do Termo de Acordo e da aplicação do **preço máximo ao consumidor**, (PMC) da ANVISA –CMED, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Também não cabe acolhimento o argumento defensivo de falta de observação do devido processo legal em relação aos 3 indeferidos dos pedidos de Termo de Acordo, uma vez que o próprio contribuinte que não exerceu o seu direito previsto no inciso II, do artigo 87, do RPAF/99, o qual estabelece que:

Art. 87. Da decisão do pedido de reconhecimento de benefício fiscal, quando a legislação específica não dispuser de outro modo, caberá recurso:

...

II - voluntário para o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, no prazo de 10 (dez) dias, no caso de indeferimento do pleito.

Portanto, não resta dúvida de que não houve inobservância do devido processo legal, uma vez que foi comprovado que o contribuinte autuado não apresentou nenhum recurso *voluntário para o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, no prazo de 10 (dez) dias*, nos casos dos indeferimentos dos pleitos.

Além do mais, observo que a autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Mais, ainda, os levantamentos que embasaram à infração apresentados através de mídia, conforme recebido firmado à folha 71 dos autos, oferecem dados claros que possibilitam o exercício da ampla defesa.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca dos pedidos de diligências para encaminhamento do PAF ao Diretor da DPF - Diretoria de Planejamento da Fiscalização e “o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal”, formulado pelo sujeito passivo, indefiro os mesmos, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Especificamente em relação ao encaminhamento do PAF a Diretoria de Planejamento da Fiscalização, conforme já consignado no presente voto, o prazo para recurso voluntário contra decisão do pedido de reconhecimento de benefício fiscal é o previsto no inciso II, do artigo do artigo 87, do RPAF/99, já transcrito acima. Considerando que esse prazo já transcorreu, entendo que não cabe tal pedido. De igual modo, não pode ser acolhido o pedido para “o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal”, nessa fase processual, por falta de previsão legal.

No mérito, propriamente dito, a defesa salienta que analisando com maior rigor o auto de infração vê-se que é manifestamente improcedente em razão da cobrança do ICMS ST pelo PMC, com a inobservância do benefício do Decreto nº 11.872/2009, quantos às competências de 2015 e erro material da autuante quanto às competências de 2016, para as quais reconhece a vigência do benefício.

A questão em relação a celebração do Termo de Acordão previsto Decreto nº 11.872/2009 já foi analisada quando tratei da nulidade arguida pela defesa. No exercício de 2015 o autuado não havia firmado o referido termo para usufruir do benefício fiscal. Logo, tal argumento não é capaz de elidir a autuação.

De igual forma, também como já foi tratado no início do presente voto, não cabe acolhimento a arguição de inconstitucionalidade em relação a aplicação do **Preço Máximo ao Consumidor - PMC**, por força do art. 167, I, do RPAF/99.

Em relação aos erros apontados pela defesa referente ao exercício de 2016, relativos aos recolhimentos referentes à competência março, abril e maio, como bem destacado nas

informações fiscais, tais pagamentos foram realizados após o início da ação fiscal, conforme Relação de DAE's acostado à folha 187, não podendo ser acolhido para abater dos valores apurados no levantamento fiscal. No levantamento fiscal somente podem ser considerados os valores recolhidos antes do início da ação fiscal. Portanto, foi correto o procedimento fiscal.

Quanto ao argumento defensivo reproduzido após da revisão fiscal de que a autuante remeteu nova planilha com diversas alterações, ressaltando a defesa a inclusão de diversos itens em regime normal, bem como erros de MVA, observo que os equívocos apontados nos cálculos da ST em relação as mercadorias, que porventura não estaria enquadrada no Regime de Substituição Tributária já foram sanados na revisão realizadas, sendo todos os cálculos refeitos por ocasião da informação de fls. 162 à 202.

Apesar de ter recebido as novas planilhas, nas quais constam todos os dados para uma perfeita e exata identificação das operações objeto do levantamento, a defesa, em sua segunda manifestação, ou seja, após receber cópia da revisão fiscal, apenas continuou questionando, de forma genérica, a existência no levantamento fiscal de mercadorias que não estariam na substituição tributária, sem ter observado que o produto “álcool gel” não consta dos novos levantamentos e que outras foram mantidas pelas razões, corretamente destacada na informação, com a qual concordo: *Os produtos referentes às NFs..nº 273444 estão classificado na posição do anexo 19.18 cod.3307.90; NF.74396 posição 19.27 código 9303.29; NF. nº 30017 posição 19.20 cod. ;nº275718 posição 9,1 cod.3004; nº nº19171 posição 19. cod.3304 do anexo único do regulamento cópia anexa.*

Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Logo, fica mantida parcialmente à infração, no valor R\$701.274,86, conforme demonstrativo à folha 166 dos autos.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2069513013/16-2**, lavrado contra **FARMAGROUP CENTRAL DE COMPRAS SPE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$701.274,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR