

A. I. Nº - 210404.0004/17-1
AUTUADO - W.L.L. DE OLIVEIRA - ME
AUTUANTE - JOSÉ MARIA DIAS FILHO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/04/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-03/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR. ANTECIPAÇÃO. AQUISIÇÃO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. PAF instruído eficazmente. Arguição de nulidade afastada. Das alegações defensivas, foi acatada a que se refere a ocorrência de vendas para hospitais. O Autuante refez os cálculos contemplando a não aplicação do MVA nas aquisições de mercadorias que, pela sua especificidade, não teriam saídas destinadas a revendedores. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 20/06/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$10.907.077,99, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 07.01.02 – Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Referente ao período compreendido entre os meses de junho a dezembro/2015 e janeiro a dezembro/2016.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 34 a 37, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

Inicialmente a defesa apresenta o resumo dos fatos, dizendo que a autuação se deu sob a acusação de haver a Impugnante recolhido a menos o ICMS devido por Antecipação Tributária, quando da entrada no Estado da Bahia de medicamentos oriundos de outras unidades da Federação.

Explica que deixou de realizar o recolhimento do ICMS-ST por antecipação tributária por ser empresa optante do Regime especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de pequeno porte – Simples Nacional.

Afirma que o Autuante deixou de observar que a empresa adquiriu mercadorias oriundas do Estado de Sergipe, e que este Estado é signatário do convenio 76/94, que transfere a responsabilidade do pagamento para o fornecedor das mercadorias, acrescentando que o fornecedor em questão já foi autuado pelo Estado da Bahia.

Assevera que a SEFAZ/BA vem anulando autos de infração que exigem o pagamento de ICMS por SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, sem observar o devido processo legal, citando e transcrevendo os ACÓRDÃOS JJF Nº 0085-01/16 e JJF Nº 0022-02/16.

Diz que quando a empresa comprou de outro Estado que não faz parte do convenio 76/94, a empresa pagou o ICMS pela GNRE, conforme documentos que indica constar como anexo, e que este fato foi desconsiderado pelo Autuante.

Ressalta que o Autuante considerou em seu levantamento diversas notas fiscais que a Impugnante não reconhece, e diz apresentar planilha (anexo, fls. 38 a 46) com a relação de notas

fiscais que reconhece, e pede que as demais sejam objeto de comprovação pela Sefaz da efetiva aquisição por parte da autuada.

Destaca que o Autuante também se equivocou em todos os PMCs utilizados em suas planilhas, e entende que devem ser justificados item a item.

Acrescenta ainda que o Autuante não observou que a empresa opera com venda para hospitais, e que segundo o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, nesse caso, o pagamento do tributo tem que ser calculado sem o MVA.

Pede ao final, imediata anulação do Auto de infração.

O Autuante apresenta sua informação fiscal às fls. 53 a 57, reafirma a infração cometida pela autuada e diz que a Impugnante, no período autuado, apesar de se encontrar cadastrada como microempresa, adotava o regime de conta corrente fiscal para fins de apuração e recolhimento do ICMS.

Diz que, conforme alegou a defesa, 90% dos medicamentos comercializados pela Impugnante foram adquiridos no Estado de Sergipe, tendo como fornecedor a empresa MD COMERCIAL LTDA, tendo alegado a defesa que o mesmo estava submetido às normas do Convênio 76/94, reproduzindo o teor de sua cláusula primeira.

Todavia, informa que o referido Convênio 76/94, não enquadra a remetente como sujeito passivo por substituição nas operações interestaduais, pois o remetente não é importador ou mesmo fabricante dos medicamentos objeto das operações em tela, pois conforme relata o Autuante, estas operações se deram a partir dos CFOPs 6403 – Venda de mercadorias recebidas de terceiros - ST e 6102 - Venda de mercadorias recebidas de terceiros sem ST.

Informa que não observou destaque do ICMS da substituição tributária em nenhuma nota fiscal objeto da autuação, e também que não verificou a existência de recolhimento do ICMS-ST por GNRES, e ainda que a empresa remetente sediada no Estado de Sergipe não dispõe de inscrição estadual como substituto tributário no Estado da Bahia, e apresenta a plotagem de sua pesquisa no sentido de comprovar a sua assertiva, onde se observa que a pesquisa feita no Sistema INC da SEFAZ, na opção “Localizar Contribuinte”, com o CNPJ 04.261.720/0001-61, obteve como resposta “*Nenhum contribuinte foi encontrado para o critério informado*”.

Dizendo se antever a uma eventual alegação de que o contribuinte remetente seria o responsável pela retenção do ICMS substituição tributária, com fulcro na Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93, afirma que este entendimento não poderia ser aplicado, tendo em vista que a empresa remetente não dispõe de inscrição estadual como substituto tributário no Estado da Bahia. Caso em que, entende o Autuante que deve ser aplicado o disposto no inciso XV do art. 6º da lei 7.014/96, o qual atribui a responsabilidade solidária ao destinatário, nos casos em que o remetente não seja inscrito como contribuinte do Estado da Bahia.

Quanto à alegação defensiva de que não foi observado o devido processo legal, o Autuante rebate a argumentação, dizendo que todo o devido processo legal foi observado, tendo sido entregue a intimação para o início da fiscalização, como também todos os anexos do levantamento fiscal objeto da autuação, impresso e em mídia CD ROM, onde afirma constar as planilhas de cálculo de forma detalhada quanto a infração imputada.

De referência à alegação de que a autuada, em suas aquisições interestaduais, teria pago o ICMS-ST através de GNRES, pelo remetente, assevera que não localizou nenhum desses recolhimentos e que a despeito da defesa haver alegado que as notas fiscais que teriam sido objeto do referido recolhimento, estariam em anexo à sua defesa, afirma que não localizou nos autos estes elementos. Concluindo assim, que não houve comprovação do quanto alegado.

Tratando da alegação de que a Impetrante não reconhece diversas notas fiscais objeto do lançamento em tela, trás a baila o §16 do art. 89 do RICMS/2012, que exige a feitura de boletim de ocorrência policial nesses casos. Afirma, entretanto, que não consta dos autos quaisquer providências da Impetrante para denunciar o pretenso golpe de emissão de notas fiscais, tendo

como destinatário a sua empresa, sem o seu aval.

Rebatendo a alegação de que houve equívocos no computo dos PMCs, destaca o Autuante que é jurisprudência deste CONSEF, admitir que a base de cálculo da substituição tributária de medicamentos seja o preço determinado pelo órgão competente para venda a consumidor, ou o preço máximo de venda sugerido pelo estabelecimento industrial.

Acrescenta não ser admissível aceitar que a defesa conteste os PMCs utilizados de forma genérica, sem apontar qualquer equívoco especificamente, pois não seria correto admitir que poderia a defesa desqualificar o levantamento fiscal sem a devida demonstração de qual PMC está incorreto.

Afirma que consta dos autos a “PLANILHA 01_06”, onde estão discriminados todos os PMCs utilizados, o período de vigência, o EAN do produto, o nome do Laboratório Fabricante, o produto equivalente da tabela da ABCfarma e sua forma de apresentação nesta tabela. Indica o site em que a tabela da ABCfarma pode ser baixada. Remata dizendo que todas essas informações foram disponibilizadas à autuada. E por isso rechaça esta argumentação da defesa.

Rebatendo a afirmação da defesa de que a Impugnante fazia venda para hospitais, diz que no período auditado foram examinadas 346 notas fiscais e admite que a preponderância das vendas foi para órgãos públicos, todavia, pondera dizendo que o contribuinte foi intimado a apresentar a autorização dada pelo titular da Superintendência de Administração Tributária da SEFAZ, e que a Impugnante silenciou-se. Reconhece, entretanto, que a partir do RICMS/2012, esta exigência deixou de existir, conforme indica, por força da alteração §12º do Art. 289 do RICMS/2102.

Diante disto, afirma que procedeu alteração no seu levantamento fiscal, excluindo do feito original todas as saídas que não seriam utilizadas para revenda pelo destinatário, conforme planilha demonstrativa que apresenta, de modo que o crédito original lançado no valor de R\$10.907.077,99, foi reduzido para R\$508.548,37.

Feito isso, informa que a Impugnante foi cientificada, tendo sido reaberto o prazo para defesa e pede que seja o auto de infração julgado parcialmente procedente.

A autuada volta a se pronunciar às fls. 61 a 64, em que repete *ipsis litteris* seu pronunciamento original, em nada se referindo ao novo levantamento fiscal apresentado.

O Autuante, após o novo pronunciamento da defesa, emite nova informação fiscal às fls. 98, dizendo que o contribuinte fora intimado a apresentar suas considerações à modificação do levantamento fiscal, mas nada trouxe de novo, preferindo repetir as argumentações iniciais. Diz nada mais ter a apresentar e repete que conforme planilha demonstrativa que apresenta o crédito original lançado no valor de R\$10.907.077,99, foi reduzido para R\$508.548,37.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

O auto de infração diz respeito a acusação de haver a Impugnante recolhido a menos o ICMS devido por Antecipação Tributária, quando da entrada em seu estabelecimento de medicamentos oriundos de outras unidades da Federação.

Já no início da defesa a Impugnante confessa haver deixado de realizar o recolhimento do ICMS-ST por antecipação tributária por ser empresa optante pelo Regime especial Unificado de Arrecadação de tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de pequeno porte – Simples Nacional. Contudo, além de que esta condição não a eximiria da obrigação do

recolhimento do ICMS-ST, pois o benefício fiscal inerente a este regime do Simples Nacional diz respeito apenas as suas saídas de mercadorias, acrescente-se que a despeito de ser microempresa, nunca foi optante do simples nacional, pois sempre apurou seu ICMS a pagar pelo regime de conta corrente fiscal, conforme pude atestar junto ao sistema de informações da SEFAZ, Informações do Contribuinte – INC. Portanto, este argumento não pode socorrer a Impugnante.

Em referência à alegação de que o Autuante não observou que a empresa autuada adquiriu mercadorias oriundas do Estado Sergipe, e que este Estado é signatário do convenio 76/94, e que este convênio transferiria a responsabilidade do pagamento para o fornecedor e não para o adquirente, acrescentando que o fornecedor em questão já foi autuado pelo Estado da Bahia, refuto também este álibi por ter verificado a veracidade da informação fiscal quanto ao fato de que a empresa remetente, sediada no Estado de Sergipe, não dispõe de inscrição estadual como substituto tributário no Estado da Bahia, e acrescento que o inciso XV do art. 6º da lei 7.014/96, atribui, nestes casos, a responsabilidade solidária pelo pagamento do ICMS-ST, devido na aquisição interestadual de mercadorias sujeitas à substituição tributária, ao destinatário. No caso a Impetrante.

Também descarto os citados e transcritos ACÓRDÃO JFJ Nº 0085-01/16 e o ACÓRDÃO JFJ Nº 0022-02/16, pois dizem respeito a situação diversa. O primeiro diz respeito à preterição do direito de defesa e confusão pelo Autuante do ICMS da substituição tributária com a antecipação parcial, e o segundo a Defesa apresentou elementos capazes de elidir a autuação, fato que foi acolhido pelo Autuante. Portanto nenhum proveito a favor da defesa oferecem os acórdãos colacionados.

Adentrando ao mérito, a alegação de que quando comprou de outro Estado que não faz parte do convenio 76/94, pagou o ICMS pela GNRE, a despeito de informar haver anexados os documentos que comprovariam sua assertiva, nada foi encontrado nos autos.

Verifico também que a simples alegação de não reconhecimento de diversas notas fiscais, que estão no bojo do levantamento fiscal, não pode ser acatada, pois o sistema de emissão de NFe dispõe de recursos para que o destinatário recuse em tempo hábil a referida operação e proceda a tempo a sua informação, quanto ao desconhecimento da operação de aquisição.

A manifestação de destinatário eletrônica é o registro de eventos por parte de quem recebeu uma NF-e (nota fiscal eletrônica). Se alguma empresa emitiu uma nota fiscal contra um CNPJ, o destinatário pode informar ao Fisco que tem conhecimento sobre a emissão e se a operação está confirmada, se não foi realizada ou se a desconhece. Além disso, o §16 do art. 89 do RICMS/2012, exige, como recurso a favor da empresa que desconhece uma operação, que a prejudicada registre um boletim de ocorrência policial. Todavia, não observei nos autos nenhuma dessas providências que poderiam socorrer a Impugnante. Assim sendo não acato mais este argumento da defesa.

Quando alega que todos os PMCs utilizados nas planilhas da acusação fiscal estão equivocados, agiu da mesma forma, utilizando de argumentos destituídos de comprovação fática, desta forma, não posso acatar este argumento defensivo, visto que sequer aponta qualquer erro que justifique sua assertiva.

Verifico dos autos que na “PLANILHA 01_06”, estão discriminados todos os PMCs utilizados, o período de vigência, o EAN do produto, o nome do Laboratório Fabricante, do produto equivalente da tabela da ABCfarma e sua forma de apresentação nesta tabela. De forma que a defesa teve todos os elementos para apontar qualquer erro na apuração em condições de poder ser avaliado especificamente. Por isso, descarto também este argumento defensivo.

Com relação à afirmativa de que o Autuante não observou as vendas realizadas para os hospitais, verifico que o Autuante aquiesceu com esta arguição defensiva e refez o levantamento fiscal, de forma que apresentou nova planilha de cálculo contemplando a não aplicação do MVA em relação às aquisições de mercadorias que, pela sua especificidade, não teriam saídas destinadas a revendedores.

Foi reaberto o prazo para pronunciamento acerca do novo cálculo do crédito fiscal apresentado pelo Autuante, a autuada voltou a se pronunciar às fls. 61 a 64, porém apenas repetiu *ipsis litteris* seu pronunciamento original, em nada se referindo ao novo levantamento fiscal apresentado.

Destarte, acato o novo cálculo apresentado pelo Autuante, conforme planilha às fls. 56v e 57, e voto pela procedência parcial e resultando no sentido de que o crédito original lançado no valor de R\$10.907.077,99, seja reduzido para R\$508.548,37.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210404.0004/17-1**, lavrado contra **W.L.L. DE OLIVEIRA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$508.548,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42 inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2018

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA