

A. I. N° - 269353.0700/13-0
AUTUADO - MEDYCAMENTHA PRODUTOS ONCOLÓGICOS E HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTES - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO e JOSERITA MARIA SOUSA
BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13.06.2018

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0089-05/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOR. ANTECIPAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA E/OU EXTERIOR. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Acolhida a arguição de decadência de parte dos créditos tributários lançados – período de 01/01/2008 a 19/12/2008. Prejudicado o exame das demais questões formais e de mérito suscitadas na peça da defesa. Mantida a exigência fiscal em relação à parte remanescente da autuação, a partir de pedido expresso do contribuinte e formulado por seu representante legal. Recolhimento dos valores reconhecidos com os benefícios da Lei nº 13.803/17. Remessa do PAF para homologação das parcelas reconhecidas e pagas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 18/12/2013, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$388.652,14 com as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1 - Efetuou 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. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a novembro de 2008. Valor exigido: R\$363.098,18. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2008. Valor exigido: R\$25.553,96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96;

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 18/12/2013, e ingressou com impugnação administrativa em 15/01/2014, em petição (fls. 649/656) subscrita pelo representante advocatício da empresa, conforme procuração de fl. 657.

Inicialmente pede, sob pena de nulidade, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam direcionadas aos profissionais constantes da procuração anexa, legítimos representantes legais do contribuinte na lide que ora se instaura.

Reproduz as infrações e diz que as duas ocorrências citadas são pertinentes ao exercício de 2008, tendo sido a Autuada intimada do Auto de Infração em 20/12/2013. Pede em preliminar a nulidade da autuação, por inexistência do "termo de início da fiscalização", pois alega que não fora intimado. Junta e reproduz decisão do CONSEF (A-0157-11/09) em relação ao fato contestado, no qual mostra a nulidade do Auto.

Ainda em preliminar, requer que seja decretada a "decadência do direito de constituição do crédito tributário", relativamente aos supostos fatos geradores, ocorridos até 19/12/2008, posto que decorridos 5 anos dos próprios "acontecimentos", entre a ocorrência dos supostos fatos e a

regular intimação do contribuinte. O pedido ora formulado encontra amparo na jurisprudência pátria, notadamente dos Tribunais Superiores, como, v.g., Acórdão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que segue anexo.

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

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

Alega, ainda, nulidade do item 1 da autuação, por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, ou seja, da base de cálculo, com consequente cerceamento do direito de defesa, considerando que o Anexo I do Auto de Infração, revela uma apuração englobada de valores, indicando que haveria divergências entre PMC e MVA, quando no Auto de Infração se disse que *"foi concedida a redução da base de cálculo de 18,53% quando as mercadorias foram adquiridas de estabelecimento que tenha por atividade econômica a indústria"*. Assim, existiriam dois "fundamentos", diversos, para a suposição de pagamento a menor, sem apurações distintas e individualizadas, dificultando a compreensão e o livre exercício do direito de defesa. Consta, também, que seriam aquisições de outros Estados e do exterior, as quais implicam em situações diversas, que não foram identificadas e separadas.

No mérito, salienta que o teor da redação de fl. 02, teria se equivocado no pagamento da "antecipação" do ICMS sobre aquisições de mercadorias relacionadas nos Anexos 88 e 89, pois teria feito compras a estabelecimentos não industriais, o que impossibilitaria a aplicação da redução da base de cálculo em 28,53%, ficando esta limitada a 10%, conforme art. 3º - A, do Decreto nº 7790/00 – reproduz.

Esclarece que as compras realizadas pela Autuada, na sua totalidade, se encontram adstritas aos termos regulamentares acima em decorrência de normas de mercado, notadamente da ANVISA, que não permite aos distribuidores de medicamentos adquirir produtos em estabelecimentos outros, que não os titulares dos registros, ou seja, aos fabricantes. Transcreve a Portaria ANVISA, 802/98, determina, em seu art. 13, inciso II.

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

Acrescenta que se tratando de importações do exterior, cujas operações, conforme questão prejudicial, não foram devidamente identificadas, os estabelecimentos são industriais, por equiparação legal. Reproduz o art. 9º, inciso I, do RIPI.

Disse que os estabelecimentos que venderam para a autuada produtos importados, ou seja, de procedência estrangeira, para todos os efeitos legais, são EQUIPARADOS a estabelecimento industrial, além de, no caso concreto, não fugirem à regra da Portaria ANVISA 802/98. Assim sendo, a Autuada não infringiu a norma que limita a aplicação da base de cálculo nas aquisições

feitas diretamente a industriais, pois os seus fornecedores são os detentores dos registros dos produtos (e assim os fabricantes), bem como às vezes, de forma concomitante, assumem legalmente o status de indústria, por equiparação. São os mesmos meros “representantes” das indústrias no Brasil, que credenciam empresas brasileiras para vender seus produtos.

Registra questão semelhante em outro ramo de atividade, quando se discutia para fins de concessão de crédito presumido a “equiparação” em uma situação de “industrialização por encomenda”, a PGE/PROFIS emitiu o brilhante Parecer anexo, reconhecendo que a legislação do IPI deve ser seguida e que a norma somente deixará de ser inócuas se produzir efeitos, ou seja, se aplicada de modo efetivo. O caso concreto, apesar de ser relativo a outro ramo de atividade, não é diferente. Se a legislação faz expressa equiparação do vendedor de produto importado do exterior ao industrial, todos os efeitos decorrentes da ordem normativa devem ser respeitados.

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

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

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

Solicita a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos e, visando separar as aquisições interestaduais das do exterior, revisão por fiscal estranho ao feito, pede que seja reconhecida a nulidade da autuação, a decadência do direito de constituição do crédito tributário (fatos ocorridos até 19/12/2008), ou a improcedência do lançamento de ofício.

Em informação fiscal prestada, fls. 683/687. Informa que à alegação da autuada de que foi “*intimada do AI em 20/12/2013*”, pedindo em seguida a nulidade da autuação “*por inexistência do termo de início da fiscalização, anteriormente lavrado*”. Destaca que o art. 26 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, diz que o procedimento fiscal considera-se iniciado inclusive com a intimação por escrito ao contribuinte. Diz que as intimações estão às fls. 7 a 11. Portanto, sustenta descabidas as alegações da defesa.

Em relação à alegação quanto à decadência relativa ao exercício de 2008, alegando já haver sido atingido o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário. Reporta-se reproduzindo o Art. 150 do CTN, no qual diz que, “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerado;....*”. Consultando o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, Lei 3.956 de 11/12/1981, podendo ser fixado um prazo à homologação. Transcreve o §1º do Art. 28. Sustenta que ficou provado ser totalmente descabida a pretensão da defesa de considerar decaído o direito da Fazenda Pública de constituir os créditos tributários não lançados pelo contribuinte no exercício de 2008. Assim, mantém os lançamentos efetuados para o exercício de 2008 em seus exatos termos.

Quanto à nulidade suscitada “*.... por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, ou seja, da base de cálculo,...*” alegando que “*.... o Anexo I, ao AI, revela uma*

apuração englobada de valores, indicado que haveria divergências entre PMC e MVA,....". Na sequencia, afirma que ".... existiriam dois "fundamentos", diversos, para a suposição de pagamento a menor, sem apurações distintas e individualizadas, dificultando a compreensão e o livre exercício do direito de defesa.", da infração 1.

Observa que está posto no Auto de Infração, por efetuar vendas majoritariamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, faz a apuração do ICMS devido por antecipação tributária utilizando a MVA prevista no Convênio ICMS 76/94, conforme autorizado pelo Parecer DITRI nº 15786 2006, de 19/12/2006.

Ressalta que, neste Parecer, constatando-se "*a posteriori*" o deslocamento comercial dos medicamentos para o varejo, tais parcelas seriam tributadas complementarmente com base na tabela de Preços Máximos ao Consumidor - a exemplo da tabela da ABCFarma. Assim é que, tomando por base o citado Parecer, no Anexo II foi apurado o ICMS devido por antecipação tributária relativo às entradas de mercadorias oriundas de outros Estados da federação e do exterior, utilizando a MVA. Já no Anexo III foi apurado o valor referente à diferença entre o valor do ICMS antecipação tributária obtido utilizando o PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor constante da revista publicada pela ABCFarma) e aquele originalmente apurado utilizando a MVA determinada pelo Convênio ICMS 76/94, para as entradas com posterior saída para contribuintes com atividade econômica diferente de hospitais, clinicas e órgãos públicos. Determinado o valor do ICMS devido por antecipação tributária, conforme Anexos II e III, esta fiscalização fez o confronto com os valores recolhidos pelo contribuinte e que constam dos sistemas da SEFAZ/BA. Para tanto, construiu a planilha constante do Anexo I, onde estão lançados os valores apurados conforme os Anexos II e III, e os recolhimentos efetuados pelo contribuinte. Portanto, resta provado que a exigência esta restrita a recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária, que foi apurado de forma individualizada conforme demonstram os Anexos II e III, nos termos do Convênio ICMS 76/94 e do multicitado Parecer DITRI nº 15786 2006, de 19/12/2006.

Finaliza declarando ser totalmente descabida a alegação da Autuada. Pontua que o ICMS devido por antecipação tributária no presente caso, é exigido em relação às operações com as mercadorias elencadas no Anexo Único do Convênio ICMS 76/94, sendo irrelevante o fato de as mesmas serem remetidas de outros Estados da Federação, não signatários do citado Convênio, ou do exterior. Do exposto, impossível acatar as alegações da autuada.

Verifica que a peça defensiva tenta provar que teria direito à redução da base de cálculo de 18,53%, prevista no Art. 3-A do Decreto nº 7799/00, mesmo quando adquire suas mercadorias junto a estabelecimentos que não tenham por atividade econômica a indústria. Nesta árdua labuta, cita normas da ANVISA, do Regulamento do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI, além de elencar pareceres sobre situações que, alega, guardam semelhança com o presente caso. Reproduz o Art. 3-A do Decreto nº 7799/00:

Registra que a redução da base de cálculo de 18,53% será concedida quando as mercadorias forem adquiridas "diretamente a estabelecimentos industriais". Sendo assim, esta fiscalização apurou os valores da Infração 1, concedendo a redução da base de cálculo de 18,53% apenas quando as aquisições dos medicamentos foram feitas junto a estabelecimentos cuja atividade é a indústria, conforme determina o multicitado Art. 3-A do Decreto nº 7799/2000. Deixamos de conceder tal redução da base de cálculo quando as aquisições foram feitas junto a estabelecimentos cuja atividade é o comércio atacadista. A identificação da atividade econômica dos fornecedores foi feita no sítio da Receita Federal do Brasil, http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp, estando as cópias dos relatórios das consultas para contribuintes, cuja atividade econômica seja diferente de indústria no Anexo V.

Afirma que não poderia ter sido outra a conduta desta fiscalização, eis que a interpretação da Norma que trata de isenção deve ser literal, conforme determina o art. 111 do Código Tributário

Nacional – CTN. No caso em tela temos uma redução de base de cálculo, que equivale à isenção, conforme decisão o STF no julgamento do RE 174.478-SP, em 17/03/05.

Finalizando dizendo que a peça analisada não traz nada que possa levar esta fiscalização a alterar os lançamentos efetuados. Conclui pela Procedência do Auto de Infração.

Nas fls. 692/693, o então relator (Ildemar José Landin), converte os autos em diligência no sentido de que a inspetoria de origem adote o seguinte:

“PELO AUTUANTE

1 – Refazer o demonstrativo de débito dos anexos II, e III, separando as mercadorias oriundas do comércio atacadista daqueles que vieram da indústria, assim como as oriundas de importações, de modo a ficar claro e em demonstrativo separados, quando foi aplicada a redução da base de cálculo de penas 10% ou de “10% + 18%”, de modo a fornecer em demonstrativos distintos, tanto o cálculo com a lista de mercadorias oriundas de empresas atacadistas, industriais e importadoras.

PELA INSPETORIA

Fazer entrega ao impugnante dos novos demonstrativos e das informações prestadas pelos autuantes, juntamente com cópia deste pedido de diligência, e reabrir prazo de defesa de 60 dias, nos termos do art. 123 do RPAF.

.... havendo manifestação do impugnante, apontar quais empresas listas nos novos demonstrativos como atacadistas, são consideradas como industriais, devendo esclarecer por todo meio de provas possíveis, em relação à cada uma das empresas apontadas na autuação como atacadistas, se de fato são indústrias, dispensando-se maiores provas, se o comprovante de inscrição e situação cadastral da RF já indicar que se trata de indústria, por meio do CNAE ou da descrição de atividades, devendo para isto, apenas anexar cópia do cadastro da RF comprovando a atividade industrial.”

Na conclusão da diligência feita pelo fiscal autuante, fls. 698/700, esclarece que todas as aquisições de mercadorias auditadas por esta fiscalização foram feitas junto a fornecedores estabelecidos no Brasil.

Em atendimento ao solicitado na presente diligência, esta fiscalização elaborou novas planilhas conforme a seguir indicado:

1) ANEXO II-A: Planilha, excel, denominada "Ant_Trib_2008_Ind": As primeira e última páginas desta planilha estão às fls. 704 e 705. A mesma contém a apuração do ICMS antecipação tributária relativa às aquisições de fornecedores que tem por atividade a indústria, onde foi concedida a redução da base de cálculo de “10%+18,53%”, estando gravada no CD à fl.701.

2) ANEXO II-B: Planilha, excel, denominada "Ant_Trib_2008_Com": As primeira e última páginas desta planilha estão às fls.707 e 708. A mesma contém a apuração do ICMS antecipação tributária relativa às aquisições de fornecedores que tem por atividade o comércio, onde foi concedida a redução da base de cálculo de “10%”, estando gravada no CD às fls.701. A identificação da atividade econômica destes fornecedores foi feita no sitio da Receita do Brasil http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp, estando as cópias dos relatórios das consultas para contribuintes cuja atividade econômica seja diferente de indústria no Anexo V.

3) ANEXO III-A: Planilha, excel, elaborada com base no Parecer DITRI nº 15786/2006, denominada "Ant_Trib_SAÍDA_dif_Cli_Hosp_Or_Pub_2008_Ind": A primeira e última páginas desta planilha estão às fls.710 e 711. A mesma, gravada no CD às fls. 701, contém o valor complementar da antecipação tributária referente à diferença entre o valor obtido utilizando o PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor constante da revista publicada pela ABCFarma) e aquele originalmente apurado utilizando a MVA determinada pelo Convênio ICMS 76/94, quando a autuada adquiriu as mercadorias em fornecedores que tem por atividade a indústria, onde foi concedida a redução da base de cálculo de “10%+18,53%”.

4) ANEXO III-B: Planilha, excel, elaborada com base no Parecer DITRI nº 15786/2006,

denominada "Ant_Trib_SAÍDA_dif_Cli_Hosp_Or_Pub_2008_Com": As primeira e última páginas desta planilha estão às fls. 713 e 714. A mesma, gravada no CD às fls. 701, contém o valor complementar da antecipação tributária referente à diferença entre o valor obtido utilizando o PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor constante da revista publicada pela ABCFarma) e aquele originalmente apurado utilizando a MVA determinada pelo Convênio ICMS 76/94, quando a autuada adquiriu as mercadorias em fornecedores que tem por atividade o comércio, onde foi concedida a redução da base de cálculo de "10%". A identificação da atividade econômica destes fornecedores foi feita no sitio da Receita Federal do Brasil http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp, estando as cópias dos relatórios das consultas para contribuintes cuja atividade econômica seja diferente de indústria no Anexo V.

Explica que na planilha à fl. 702, apresenta os valores da antecipação tributária recolhidos a menor, que mostra que foram somados os valores da antecipação tributária apurados conforme as planilhas constantes dos Anexos II-A, II-B, III-A e III-B, acima referidos, e do resultado desta soma foram deduzidos os valores recolhidos pelo contribuinte a título de Antecipação Tributária. Estes valores recolhidos estão nos relatórios do Anexo IV, obtidos do sistema INC da SEFAZ/BA. Cabe ressaltar que, como esperado, os valores recolhidos a menor aqui são os mesmos encontrados na planilha constante do Anexo I.

Em nova manifestação, fls. 721/729, inicialmente, ratifica todos os termos de sua defesa (questões prejudiciais e de mérito), renova o pedido de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam direcionadas aos profissionais constantes da procuração anexa, legítimos representantes legais do contribuinte na lide, acrescentado o que se segue.

Assinala que a diligência de fls. 692 a 694, essencialmente, se dedicou a investigar a origem das mercadorias, pois a depender desse fato existiria fórmulas diversas para a apuração da base de cálculo. De um lado, o próprio teor do despacho da diligência demonstra a insegurança permeada na autuação, não somente com indicações diversas de métodos de apuração, mas também como efetivação de cálculos diversificados (inclusive citando exemplos – fl. 693).

Observa que a JJF já enxergou que a defesa foi prejudicada, pois fl. 693, que *"o impugnante teria que refazer o cálculo de cada um dos valores dos medicamentos ao longo de 200 páginas de demonstrativos"*, tendo consignado, em seguida, que *"o cerceamento de defesa não implica necessariamente em impossibilitar totalmente o contribuinte de se defender, mas em criar quaisquer dificuldades ao entendimento ou esclarecimento do que está sendo cobrado, e é certo que no caso em lide, se demandaria extenuante trabalho de análise de cada um dos cálculos da imensa planilha, de modo a saber se o emitente se configura realmente como indústria ou atacadista, a partir da utilização da redução utilizada (10% ou 28,53%), caracterizando-se assim, o alegado cerceamento de defesa. Por outro lado, o próprio julgador ficaria impossibilitado de acatar a parcialidade do lançamento, na eventual comprovação de que os fornecedores tidos como atacadistas, seriam indústrias"*.

Verifica que a JJF identificou que o lançamento foi realizado contendo manobras que prejudicaram sobremaneira a defesa. Sequer os preceitos que levaram aos cálculos foram esclarecidos. Os Autuantes parecem ter guardado os conceitos que adotaram na própria mente, como também transferiram ao contribuinte a responsabilidade por separar os valores a partir de percentuais de redução (10% ou 28,53%), e não como deveria ter ocorrido, a partir da natureza das operações e seus destinatários. Fizeram os Fiscais um "caminha inverso", para que o contribuinte viesse esclarecer e retificar tudo, o que não só não lhe compete, como lhe impondo ônus ao regular exercício do seu direito de defesa.

Pontua que os demonstrativos, inclusive aqueles que ora foram apresentados, não consideraram as reduções a partir das suas causas. Os efeitos, ou seja, as próprias reduções foram o lastro da apuração, o que se agrava com a adoção de conceitos não revelados. Sequer as operações

realizadas com estabelecimentos que estariam “equiparados” a industriais foram segregadas, impedindo a deliberação pelo Julgador sobre este ponto.

Verifica que o Julgador vislumbrou a questão de direito apresentada pela defesa (que também repercute na prejudicial de insegurança na determinação da infração e apuração dos valores), no sentido de que esta questão, para ser apreciada, “só seria possível se forem indicadas quais operações seriam oriundas de importação, pois do contrário estaria a se partir de um pré-julgamento dos autuantes, a de que é indiferente a origem, seja de atacadistas, seja de importações, impossibilitando novamente uma eventual aceitação parcial do lançamento, pela falta de demonstrativos em separado.”

Menciona que o destaque, pelo julgador, dos fornecedores MERCK e ROCHE, foi imprescindível. Disse que bastava pesquisar se existe no Brasil algum estabelecimento de ambos que fabriquem os produtos que comercializa, que se estará constatando que as mercadorias são oriundas do exterior a que se aplica justamente o conceito do art. 9º, inciso I, do RIPI.

Assevera que os Autuantes insistem nos mesmos erros, partindo do “esclarecimento” de que “todas as aquisições de mercadorias auditadas por esta fiscalização foram feitas a fornecedores estabelecidos no Brasil”. Os demonstrativos que apresentam agora, portanto, se encontram prenhes pelos mesmos vícios, pois sequer admitem, por exemplo, as importações indiretas, as equiparações, previstas a partir do RIPI. As necessidades vislumbradas pela JJF permanecem intactas, com prejuízos apenas para a defesa. Por isso, a Autuada mais uma vez protesta pela nulidade do lançamento impugnado.

No mérito, constata a precariedade da cobrança, e inclusive que o Julgador tem total razão quando afirma que somente com uma clara definição de conceitos e demonstrativos segregados, se poderia analisar uma eventual “procedência parcial” do pedido.

Afirma que os Autuantes não fizeram qualquer análise acerca dos fornecedores da Autuada. Nem mesmo o conhecimento popular foi levado em consideração, no sentido de se saber (e apurar) que não existe no Brasil fábricas, por exemplo, da MERCK ou da ROCHE. Os Fiscais simplesmente seguiram os CNAEs dos fornecedores registrados no sistema da Receita Federal, abandonando a competência legal sobre a definição do conceito de indústria e a hierarquia das leis.

Relata que a competência para a definição do estabelecimento industrial é federal, mais especificamente do RIPI. E se os produtos não são fabricados no Brasil, é lógico que são importados. A aquisição interna mencionada pelos Autuantes, é claro que ocorre depois do ingresso das mercadorias no território nacional, ou seja, depois das importações. Isso é tão evidente que chega a ser infantil, a não ser que se indique as fábricas no Brasil. Quem fabrica fora do país e nele vende, o faz via importação. A comercialização interna é uma sequência lógica.

Aduz que se tratando de importações do exterior, cujas operações, conforme questão prejudicial, não foram devidamente identificadas, os estabelecimentos que comercializam as mercadorias importadas no Brasil são industriais, por equiparação legal, conforme previsto no art. 9º, inciso I, do RIPI – reproduz.

Sustenta que é claro que as mercadorias foram adquiridas nos fornecedores estabelecidos no Brasil, pois a Autuada não é importadora. Ocorre que a origem é externa. São os produtos fabricados no exterior, importados e aqui comercializados.

Salienta que os estabelecimentos que venderam para a Autuada produtos importados de procedência estrangeira, para todos os efeitos legais são EQUIPARADOS a estabelecimento industrial, além de, no caso concreto, não fugirem à regra da Portaria ANVISA 802/98. Assim sendo, a Autuada não infringiu a norma que limita a aplicação da base de cálculo nas aquisições feitas diretamente a industriais, pois os seus fornecedores são os detentores dos registros dos produtos (e assim os fabricantes), bem como às vezes, de forma concomitante, assumem

legalmente o status de indústria, por equiparação. São os mesmos meros “representantes” das indústrias no Brasil, que credenciam empresas brasileiras para vender seus produtos.

Pontua não poder chegar a tal conclusão sem observância da norma federal, competente para a definição da matéria. Junta decisão do CONSEF que firmou recentemente posição nesse sentido. Julgando matéria pertinente à ISENÇÃO, a 1ª Câmara do CONSEF (A-0301-11/15).

Afirma que é o RIPI que deve ser respeitado, pois compete à esfera federal regular a questão, inclusive relativa a comércio exterior. E como já dito, o RIPI é taxativo, equiparando a industrial, o estabelecimento importador de mercadorias estrangeira, que der saída a esses produtos. As saídas referidas na norma são exatamente aquelas, objetos da autuação, simplesmente consideradas como internas e oriundas de “distribuidores”. A pergunta é: antes de distribuir, como os fornecedores da Autuada adquiriam as mercadorias? Se não as fabricou aqui e se no Brasil não existe fábricas dos mesmos produtos, só podem ter origem do exterior.

No que tange a LUNBECK BRASIL LTDA, conforme alvará anexo, exerce as atividades de importação e exportação. E não poderia ser diferente, pois não existe no Brasil fábrica da LUNBECK. Uma mera pesquisa na internet irá mostrar esse fato. O mesmo se pode afirmar em relação à MERCK e ROCHE, fornecedores destacados pelo julgador na diligência. Nas notas fiscais de entradas também podemos encontrar provas, consubstanciadas nos “CST ICMS” utilizados.

Aduz que o Decreto nº 11.699/09, alterando o art. 3º-A, do Decreto nº 7.799/00, veio a estabelecer o benefício nas “importações e aquisições interestaduais junto a estabelecimentos industriais e importadores”, reconhecendo tudo aquilo que já se encontrava no contexto da legislação, com origem na equiparação feita pelo RIPI.

Registra que se agregam às normas da ANVISA, especialmente a Portaria nº 802/98, que obriga os distribuidores “abastecer-se exclusivamente em empresas titulares do registro dos produtos”. Ninguém mais pode ser titular do registro dos produtos, se não os fabricantes, sendo a distribuição via exportação/importação, apenas uma das etapas do ciclo de circulação das mercadorias. Assim, taxar os fornecedores da Autuada, notadamente aqueles cujos extratos se encontram às fls. 369 a 385 que são simplesmente “atacadistas”, sem considerar a hierarquia das normas federais pertinentes e por via conexa sua equiparação a INDUSTRIAL, é alterar a origem dos produtos, que não são fabricados no Brasil, pois não existem aqui fábricas dos mencionados fornecedores. Para fortalecer a prova de que seus fornecedores são importadores ou fabricantes, segue em anexo cópia dos atos constitutivos de alguns deles.

Ratifica os pleitos de sua defesa pela nulidade da autuação, pelo reconhecimento da decadência do direito de constituição do crédito tributário (fatos ocorridos até 19/12/2008), ou pela improcedência do lançamento de ofício.

Em manifestação às fls. 877/882, o autuante informa que pelo resultado da diligência a manifestação da defesa tem a intenção de provar que alguns de seus fornecedores cuja atividade econômica é comércio, são importadores, assim, poderá ser provado se o autuado estaria a usufruir da redução de base de cálculo prevista no art. 3-A do Decreto nº 7799/00, com efeitos de 07/05/2003 a 08/09/2009, não contempla as aquisições feitas junto a estabelecimentos importadores.

Entende que a autuada se refere na sua manifestação, atividade econômica de seu fornecedor levada em consideração quando da apuração do ICMS devido por antecipação tributária, no qual conclui a infração 1. Disse que tal informação deve ser considerada, pois o art. 3º-A do Decreto nº 7799/00, estabelece que a redução da base de cálculo de 18,53%, será concedida apenas para aquisições feitas diretamente a estabelecimentos industriais, o que, como não poderia deixar de ser, implica na aplicação de fórmulas diversas para o cálculo do imposto.

Quanto à alegação de insegurança na apuração do imposto, diz que não tem como concordar com tal entendimento, pois as planilhas apresentadas estão claras com todos os elementos necessários

para apuração do ICMS (atividade do fornecedor, se é indústria ou comércio). Pontua que na planilha consta coluna denominada “Atividade”, onde é identificado quando é indústria (i) e se for comércio (c), constando também a legenda explicativa de todos os campos.

Sustenta que não concorda com entendimento exposto pelo autuado, pois já foi explicado que foi concedida a redução de 18,53% apenas para aquisições feitas a estabelecimento com atividade industrial.

Quanto às outras alegações impostas pelo autuado, no qual repete as mesmas razões, o autuantes rebateram todos os fatos, não acolhendo as razões apresentadas. Pede pela Procedência do Auto de Infração.

Na fl. 885, o então relator na época converte os autos, os quais encaminha para PGE/PROFIS no sentido de se pronunciar a respeito das alegações de ordem jurídica, devendo apreciar os argumentos defensivos e os alegados pelos autuantes, de que tal equiparação não se aplica no âmbito do ICMS, e proferir parecer no sentido de que a legislação federal, para efeito de equiparação de contribuinte estabelecido no Brasil que importa suas próprias mercadorias fabricadas no exterior, tem ou não a mesma equiparação para efeitos de cálculo do ICMS.

Em Parecer da PGE/PROFIS, fls. 889/896, opina primeiro apontando que o cálculo do ICMS é de competência dos Estados federados, assim, entendendo que a equiparação tracejada pela legislação federal tendo redução da base de cálculo é uma espécie de isenção parcial, poderia ser validado o entendimento da possibilidade de inserção no âmbito da legislação do ICMS numa espécie de extensão de redução de base de cálculo, para situações não previstas expressas normativamente, o que atingiria frontalmente as ideias da vedação das isenções heterônomas, preconizada no art. 151, III, da CF/88.

Disseram que só poderia admitir esta sinergia normativa, por uma delimitação de competência constitucional para instituição do ICMS. Assim, opina pelo não Acolhimento da equiparação definida na legislação federal pela legislação do ICMS.

Em despacho de Parecer, a procuradora assistente disse que a concessão do benefício de redução da base de cálculo, ao qual se reconhece o caráter de isenção parcial, deve ser interpretada literalmente conforme o art. 111, II, do CTN, no qual afasta o entendimento abraçado pelo autuado, pois a concessão do benefício em questão às distribuidoras baianas só poderá acontecer quando adquiram mercadorias diretamente de estabelecimentos industriais, afastando-se a sua incidência, consequentemente as operações em que haja intermediações de importadores. Indaga, ainda, pela definição dos estabelecimentos industriais para efeito da aplicação das normas que disciplinam o ICMS. Reproduz os arts. 4º e 8º do RIPI do Decreto nº 7.212/2010.

Assevera que nos autos, os estabelecimentos importadores não praticam quaisquer atividades de industrialização, portanto, não podem ser caracterizados como estabelecimentos industriais, para fins do art. 3º-A, do Decreto nº 7799/2000. Afirma que não tem nenhuma significação jurídica para a hipótese ora discutida, pois a legislação federal previu algumas hipóteses de estabelecimentos industriais por equiparação, e tal fato já evidencia que não se tratam de estabelecimentos industriais porque os mesmos não se dedicam às operações que o diploma normativo define e caracteriza como industrialização. Nota ainda que a equiparação é para cobrança e administração do IPI, constando lista de hipóteses, conforme se demonstra no art. 9º do RIPI. Assim, sustenta e mantém o entendimento do parecer anteriormente proferido.

Peticionou o representante legal do contribuinte, peça processual anexada à fl. 898, protocolada em 08 de janeiro de 2018, ocasião em que foi juntado comprovante de pagamento do valor reconhecido, referente ao período de 20/12/2008 a 31/12/2008, não alcançados pela decadência. Reconheceu nessa petição a procedência parcial do Auto de Infração, desistiu dos demais termos da sua impugnação e pediu a homologação do montante pago. Pediu ainda o reconhecimento da decadência para os períodos anteriores (01/01/2008 a 19/12/2008) e juntou Parecer Jurídico da PGE

que trata dessa temática (fls. 901 a 913).

Consta nos autos extrato, juntado à fl. 900 dos autos, comprovando o pagamento do débito referente à parte do valor lançado no mês de dezembro de 2008, às fls. 915/16, no valor principal de R\$14.330,25, que acrescido de juros moratórios e multa (R\$3.914,73 + R\$2.579,73), totalizou a cifra de R\$20.824,42.

Na assentada de julgamento ocorrida em 10/05/2018 (quinta-feira), considerando o pagamento parcial acima referenciado, que alcançou os fatos geradores do período entre 20/12/2008 a 31/12/2008 e realizado com os benefícios da Lei nº 13.803/17, *que versou* sobre a transação de créditos tributários do ICMS, determinou-se, para fins de homologação posterior dos recolhimentos processados, que o representante legal do contribuinte trouxesse aos autos a memória de cálculo da apuração feita pela contabilidade da empresa, ocasião em que o julgamento do processo foi suspenso e transferido para a próxima sessão ordinária da 5ª Junta.

O contribuinte, através de seu advogado, atravessou petição nos autos, datada de 14/05/2018, com o detalhamento dos cálculos efetuados, operação a operação, nota fiscal a nota fiscal, do período de 20/12/2008 a 31/12/2008, que resultou no pagamento do valor principal de R\$14.330,25, composto pelos documentos fiscais e correspondentes produtos farmacêuticos, listados às fls. 923 a 925 e planilhas de fls. 926 a 931. À fl. 932 foi inserida a planilha com o resumo das diferenças apuradas no mês de dezembro/2008 quanto ao ICMS-ST, devido a título de aquisição de produtos junto a estabelecimentos comerciais/importadores com a indevida redução da base de cálculo de 18,53%, prevista no art. 3-A, do Dec. nº 7.799/00, aplicável tão somente a fornecedores industriais e a correspondente dedução dos valores pagos pelo sujeito passivo. Na mesma planilha é apresentado também o resumo da cobrança atinente à diferença da base de cálculo (*PMC – preço máximo de venda a consumidor x MVA – margem de valor agregado*), nas vendas a contribuintes não classificados ou inseridos na atividade de hospitais, clínicas e órgãos públicos e o correspondente abatimento dos valores já recolhidos pelo contribuinte com base na MVA. Assim, na planilha de fl. 932, o contribuinte apresentou o resumo dos cálculos lançados no Auto de Infração para as duas situações acima descritas, no total de R\$55.979,81, para todo o mês de dezembro (01/01/2008 a 31/12/2008) e o valor de R\$14.330,25, adstrito ao período de 20/12/2008 a 31/12/2008, que foi objeto de reconhecimento e pagamento pelo contribuinte após as exclusões das operações cujo ICMS que no seu entender foram alcançados pela decadência.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de duas infrações, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório parte integrante e inseparável deste Acórdão, envolvendo as imputações de:

INFRAÇÃO 1 - 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. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2008. Valor exigido: R\$363.098,18. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 2 - Falta de pagamento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2008. Valor exigido: R\$25.553,96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96;

Trata-se de PAF cuja tramitação, no tocante a defesa e informação fiscal, instrução e demais atos correlatos, inclusive diligências, foram processados junto a esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, porém, por outro Relator, o Consº Ildemar José Landin. O presente PAF foi redistribuído para este relator somente em 02/01/2018, conforme despacho exarado à fl. 917 dos autos, por conta do afastamento do primeiro relator.

Observo que na última intervenção realizada neste processo pelo representante legal do contribuinte, na petição subscrita pelo advogado Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB-BA nº 11.026, inserida à fl. 898, estando o mesmo habilitado a atuar neste feito através do instrumento de procuração de fl. 657, foi expressamente reconhecida a procedência parcial da autuação, quanto ao período compreendido entre 20/12/2008 e 31/12/2008, ocasião em que, também, de forma expressa, foi declarada a desistência parcial da defesa e o pedido de homologação dos valores recolhidos, no montante principal de R\$14.330,25, que acrescido de juros moratórios e multa (R\$3.914,73 + R\$2.579,73), totalizou a cifra de R\$20.824,42. Em decorrência, remanesce sob a apreciação, nesta lide administrativa, tão somente a arguição de decadência quanto aos fatos geradores das infrações 01 e 02, no período entre 01/01/2008 e 19/12/2008.

Valeu-se a defesa para subsidiar seus argumentos em favor do acolhimento da tese da decadência e do parecer jurídico da PGE (Procuradoria Geral do Estado), cujo conteúdo se encontra reproduzido às fls. 901 a 913 deste PAF. O referido Parecer foi proferido em outro processo administrativo fiscal, em que foi parte também a empresa autuada, tombado sob o nº 2693530700130.

Nesse parecer foi destacado à luz das reiteradas decisões judiciais, no sentido de que o prazo decadencial flui até a data de notificação do contribuinte acerca do lançamento de ofício e que mesmo sendo o auto de infração lavrado no quinquílio legal, restará configurada a decadência se a notificação do sujeito passivo ocorrer já após o decurso desse prazo. E conclui, com os olhos voltados para a necessidade de evitar sucumbências judiciais em desfavor do Estado, no sentido de revisar o entendimento da Procuradoria Fiscal acerca do tema para reconhecer, na esteira das lições doutrinárias e dos julgados invocados no Parecer, originários do STJ (Superior Tribunal de Justiça), que o *dies ad quem* do prazo decadencial é a data de intimação válida do sujeito passivo, conforme reprodução textual abaixo:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PIS. OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ATO FINAL. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

1. *Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, de CTN).*
2. *Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário.*
3. *O direito de lançar é potestativo. Logo, iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência do sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial.*
4. *Súmula TFR 153: "Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos".*
5. *Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.*

(EDcl no REsp 1162055/SP, Rei. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 14/02/2011)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DECLARAÇÃO OU PAGAMENTO ANTECIPADO. ARTIGO 173, I DO CTN.

1. *A Primeira Seção de STJ, em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C de CPC), consolidou o entendimento de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF. de Guia de Informação e Apuração de ICMS - GIA, ou*

de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é suficiente para a cobrança dos valores nela declarados, dispensando-se qualquer outra providência por parte do Fisco. REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, Julgado em 22/10/2008 DJe 28/10/2008.

2. *Na espécie, a Comissão de Valores Mobiliários ajuizou execução para cobrança da Taxa de Fiscalização de Valores Mobiliários tributo esse que, nos termos da Lei n. 7.940, de 20 de dezembro 1989, deve ser calculado trimestralmente pelo contribuinte, de acordo com o patrimônio líquido.*

3. *As instâncias ordinárias assentaram a ausência de entrega de declaração ou pagamento antecipado. Assim, o termo inicial do prazo decadencial se iniciou em 1º.1.1996, tendo como termo final 31.12.2000. A notificação do contribuinte somente ocorreu em dezembro de 2001. Decadência configurada.*

4. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp 1259563/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 11/10/2011)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. ACERCA DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 174 do CTN.

1. *No caso dos autos, o Tribunal de origem afirmou que o débito tributário foi constituído em 2001 e que a citação do devedor ocorreu em 2009, de modo que ocorreu a prescrição. Não há nenhuma menção de impugnação administrativa. Desconstituir tais premissas requer, necessariamente, o reexame defatos e provas, o que é vedado ao STJ, em Recurso Especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.*

2. *Nos termos da redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CIN, a prescrição era interrompida com a citação do devedor. Com a edição da LC 118/05, que modificou o inciso referido, o lapso prescricional passou a ser interrompido pelo "despacho que ordena a citação". A nova regra, entretanto, tem incidência somente nos casos em que a data do despacho ordinatório da citação seja posterior a sua entrada em vigor.*

3. *Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que, uma vez constituído o crédito tributário pela notificação do auto de infração, não há falar em decadência, mas em prescrição, cujo termo inicial é a data da constituição definitiva do crédito, que se dá, nos casos de lançamento de ofício, quando não couber recurso administrativo ou quando se houver esgotado o prazo para sua interposição.*

4. *Agravo Regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no AREsp 788.656/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 20/05/2016) (grifos acrescentados)

Cabe também aqui fazer menção ao Incidente de Uniformização nº 2016.194710, relacionado também ao tema da decadência, que firmou o entendimento de que conta-se prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Faremos doravante uma breve exposição acerca do tema da decadência no que se refere a mudança de entendimento firmada no âmbito da SEFAZ-Ba com apoio no assessoramento jurídico da Procuradoria Estadual (PGE).

Na vigência das normas revogadas do COTEB a contagem do prazo decadencial era unificada sendo considerado como "dies a quo" para qualquer situação, independentemente da conduta do contribuinte:

I – o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento administrativo poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornasse definitiva a decisão anulatória, por vício formal, de lançamento administrativo anteriormente efetuado.

Essa matéria, no Supremo Tribunal Federal (STF), foi objeto da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, de 12 de junho de 2008. A Corte Superior ao expor as razões que serviram de embasamento para a edição da citada Súmula, fez menção aos RE's (Recursos Extraordinários)

560.626-1, 556.664-1 e 559.943-4, sinalizando que tanto sob a égide da Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, "b", da CF de 1988), a prescrição e a decadência só poderiam ser disciplinadas por LEI COMPLEMENTAR, de âmbito nacional, por serem institutos gerais de direito tributário. Para o STF, somente o CTN poderia prever prazos prespcionais e decadenciais em torno da matéria tributária, visto que regulação normativa distinta por cada ente da federação implicaria em ofensa a diversos princípios, entre eles a isonomia e a segurança jurídica.

Destaco que as razões ou fundamentos de decidir que conduziram à edição da SV nº 08, não integraram o verbete sumular que se ateve à inconstitucionalidade de dispositivos de normas federais que tratavam de decadência e prescrição de contribuições previdenciárias. Eis o teor da Súmula: *"São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Dec-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212, que tratam da prescrição e da decadência de crédito tributário"*. Todavia, foi indicado, com bastante precisão o entendimento do plenário do STF a respeito do tema da decadência tributária, afastando-se a tese da possibilidade e regulação desse instituto do direito em legislação firmada por cada ente da federação.

Em sintonia com os entendimentos acima alinhavados, especialmente nas hipóteses de pagamento parcial de tributos lançados por homologação, foram proferidas mais recentemente decisões originárias do Tribunal de Justiça da Bahia, a exemplo da Apelação nº 0510938-28.2013.8.05.0001 – Rel. Des. Des. Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto e Agravo Regimental nº 0566887-03.2014.8.05.0001/50000 - Rel. Des. Mauricio Kertzman Szporer. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no AgRg no REsp (Agravo Regimental no Recurso Especial) nº 1532105 -RR – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (data do julgamento: 15/03/2016) e no AgRg no REsp nº 131802015- RS – Rel. Min. Benedito Gonçalves (data do julgamento: 15/08/2013).

Diante desse quadro, diversas DILIGÊNCIAS em processos que versaram sobre esta matéria foram encaminhadas para a PGE/PROFIS, para que essa temática da decadência fosse reanalisada à luz da novel jurisprudência dos tribunais superiores.

A PGE/PROFIS vem ressaltando em seus Pareceres Jurídicos que vieram a ser consolidados no Incidente de Uniformização nº 2016.194710, a inafastabilidade do entendimento consagrado na Súmula Vinculante nº 8 do STF, no sentido de que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, não havendo possibilidade de êxito de tese contrária na esfera judicial, vinculada à aplicação de normas previstas na legislação estadual. Esboçou na parte final da peça as seguintes conclusões:

- a exemplo do que fez o próprio STF quando da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, seria pertinente a aplicação da técnica da modulação de efeitos dos atos de interpretação voltados ao reconhecimento da decadência, de forma que a Administração judicante poderia decidir pela invalidação dos autos de infração que aplicassem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, após a edição da SV nº 8, em 12 de julho de 2008;

- ao reconhecer a mudança de orientação jurisprudencial com o fim de atender o interesse público primário no sentido de evitar a litigiosidade do Estado e a ocorrência de sucumbências judiciais desnecessárias o Parecer sugere que seja reconhecida a decadência de constituir o crédito tributário apenas quanto aos lançamentos lavrados após a consolidação da dessa mudança de entendimento, ou seja, somente em relação aos autos de infração lavrados em data posterior a 12 de julho de 2008;

- Assim, aplicando a orientação fixada pela SV nº 08 do STF foi sugerido no Parecer da PGE a dispensa de intervenções judiciais pelos Procuradores do Estado observados os seguintes critérios, abaixo reproduzidos:

i) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito

declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento (omissão de operação ou prestação de serviços tributáveis), deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN e do art. 107-B, §5º do COTEB (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador);

ii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c art. 173, inciso I e parágrafo único, do CTN (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à expedição de ato declarando a existência de dolo, fraude ou simulação ou da notificação ao sujeito passivo de medida preparatória para constituir o fato jurídico dolo, fraude ou simulação);

iii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, e, havendo notificação do sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c 173, parágrafo único do CTN (prazo decadencial contado a partir do recebimento da notificação pelo sujeito passivo);

*iv) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, **em data anterior à 12 de junho de 2008**, deve ser aplicada a regra do art. 107-B, §5º do COTEB;*

*v) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, **em data posterior à 12 de junho de 2008**, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, do CTN;*

O lançamento de ofício em exame foi formalizado com o objetivo de corrigir os atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte em relação ao ICMS mensal, no tocante às infrações de recolhimento a menor do imposto antecipação por substituição tributária nas aquisições de mercadorias em outras unidades da federação (infração 01), e de falta de recolhimento do ICMS por ter declarado na escrita fiscal operações tributáveis como não tributáveis, ou seja, operações regularmente escrituradas (infração 02), e levadas na apuração na conta corrente fiscal do imposto. Trata-se, portanto de fatos tributáveis levados à apuração nas contas correntes fiscais do imposto, nos regimes de substituição tributária e normal, de forma que são situações que se enquadram perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN (relação de DAEs de 2008, fls. 364/365 e escrituração fiscal de entradas, saídas e apuração – Anexo VIII – fls. 526 a 643). Ou seja, as duas situações descritas, envolvem hipóteses submetidas a lançamento por homologação, que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o lançamento e o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se à posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade.

Observo ainda que a questão relativa à modulação dos efeitos da Súmula Vinculante nº 08 do STF, que estabeleceu que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, deve também ser analisada a partir do que foi efetivamente decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Em 12/06/2008, o pleno do STF, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei Federal nº 8.212/1991, com efeito “*ex nunc*” (para frente), salvo em relação às ações judiciais propostas até 11/06/2008. A modulação de efeitos teve em vista a repercussão e a insegurança jurídica que poderia se verificar em relação à possibilidade de repetição de indébitos de valores já recolhidos, administrativamente ou por execução fiscal, antes da decisão que declarou a inconstitucionalidade com efeitos vinculantes. Mas não alcançou as questões pendentes, ou seja, em discussão, nas esferas administrativa ou judicial.

Em decorrência, a declaração de inconstitucionalidade do STF alcançou não só a norma geral, ou seja, a Lei, que estava em desconformidade com a Carta Magna, mas também os atos

administrativos que se fundamentaram na legislação inválida. Transcrevo o trecho de um Parecer Jurídico da PGE, no PAF nº 206891.0030/13-8, que aponta conclusão nesse sentido (pág. 729 daquele PAF): ***“Por conseguinte, reputamos ser apropriado à Administração judicante decidir pela invalidade dos autos de infração que aplicarem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, depois da edição da Súmula Vinculante nº 8, em 12 de junho de 2008”.***

Dessa forma, a partir de 12/06/2008, as disposições do art. 107, § 5º do COTEB não seriam mais válidas, assim como os atos administrativos que se fundamentassem nessa norma integrante do ordenamento jurídico do Estado da Bahia.

No caso concreto, o A.I. em exame foi lavrado em 18/12/2013, com ciência ao contribuinte em 20/12/2013, quando a SÚMULA VINCULANTE do STF nº 08, já se encontrava produzindo efeitos no ordenamento jurídico. O entendimento ali consignado, portanto, é plenamente aplicável aos fatos geradores lançados neste Auto de Infração. Importante destacar ainda que o lançamento em questão, no que se refere à infração 01, foi constituído e quantificado nos respectivos Demonstrativos (Anexos II e III – fls. 20 a 360 deste PAF), a partir das notas fiscais, operação a operação, documento a documento e diariamente, levando-se ao Auto de Infração todas essas ocorrências para o último dia de cada período mensal. Porém, essa circunstância formal da peça de lançamento de ofício, ou seja, a transferência de todos os fatos geradores de cada nota fiscal para o último dia do mês, não afasta a circunstância legal de que o fato gerador do imposto se realizou no momento da saída das mercadorias, ocasião em que, para cada documento fiscal emitido com o cálculo incorreto da base imponível, houve a verificação de uma infração autônoma, assim apurada pelos próprios auditores fiscais autuantes.

Exatamente em razão dessa peculiaridade da infração 01, é que o colegiado desta Junta de Julgamento, na sessão ocorrida em 10/05/2018 (quinta-feira), considerando o pagamento parcial efetuado pelo contribuinte que alcançou os fatos geradores do período entre 20/12/2008 a 31/12/2008, realizado com os benefícios da Lei nº 13.803/17, que tratou da transação de créditos tributários do ICMS, determinou, para fins de homologação posterior dos recolhimentos processados, que o representante legal do contribuinte trouxesse aos autos a memória de cálculo da apuração feita pela contabilidade da empresa, ocasião em que o julgamento do processo foi suspenso e transferido para a próxima sessão ordinária da 5ª Junta.

Conforme foi detalhado no relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão, o contribuinte, através de seu advogado, travessou petição nos autos, datada de 14/05/2018, com o detalhamento dos cálculos efetuados, operação a operação, nota fiscal a nota fiscal, do período de 20/12/2008 a 31/12/2008, que resultou no pagamento do valor principal de R\$14.330,25, composto pelos documentos fiscais e correspondentes produtos farmacêuticos, listados às fls. 923 a 925 e planilhas de fls. 926 a 931. À fl. 932 foi inserida a planilha com o resumo das diferenças apuradas no mês de dezembro/2008 quanto ao ICMS-ST devido a título de aquisição de produtos junto a estabelecimentos comerciais/importadores com a indevida redução da base de cálculo de 18,53%, prevista no art. 3-A, do Dec. nº 7.799/00, aplicável tão somente a fornecedores industriais e a correspondente dedução dos valores pagos pelo sujeito passivo. Na mesma planilha é apresentado também o resumo da cobrança atinente à diferença da base de cálculo (*PMC – preço máximo de venda a consumidor x MVA – margem de valor agregado*), nas vendas a contribuintes não classificados ou inseridos na atividade de hospitais, clínicas e órgãos públicos e o correspondente abatimento dos valores já recolhidos pelo contribuinte com base na MVA. Assim, na planilha de fl. 932, o contribuinte apresentou o resumo dos cálculos lançados no Auto de Infração, para as duas situações acima descritas, no total de R\$55.979,81, para todo o mês de dezembro (01/12/2008 a 31/12/2008) e o valor de R\$14.330,25, adstrito ao período de 20/12/2008 a 31/12/2008, que foi objeto de reconhecimento e pagamento pelo contribuinte após as exclusões das operações, cuja exigência do ICMS foi alcançada pela decadência.

Assim, considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente A.I. nº 269353.0700/13-0, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 20/12/2013, os fatos geradores anteriores a essa data, ocorridos em 31/01/2008, 28/02/2008, 31/03/2008, 30/04/2008, 31/05/2008, 30/06/2008, 31/07/2008, 31/08/2008, 30/09/2008, 31/10/2008, 30/11/2008 e de 01/12/2008 a 19/12/2008, foram fulminados pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados naquelas datas ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V, do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

Remanesce na exigência fiscal tão somente os fatos geradores relativos à infração 01, verificados no intervalo entre 20/12/2008 e 31/12/2008, no importe principal de R\$14.330,25.

Observo, por fim, que o valor acima apontado foi recolhido pelo contribuinte, conforme atesta o comprovante juntado à fl. 900 dos autos, que compreende o pagamento do débito referente à parte do valor lançado no mês de dezembro de 2008, fatos geradores de 20/12/2008 a 31/12/2008, atestados pelos relatórios de fls. 915/16, com a seguinte composição: valor principal de R\$14.330,25, que acrescido de juros moratórios e multa (R\$3.914,73 + R\$2.579,73), totalizou a cifra de R\$20.824,42.

A quantia recolhida deverá ser homologada pela autoridade fiscal competente, após remessa dos autos para a Inspetoria Fiscal de origem do processo.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269353.0700/13-0, lavrado contra **MEDYCAMENTHA PRODUTOS ONCOLÓGICOS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.330,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE /RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR