

**A. I. Nº** - 206951.0011/17-7  
**AUTUADO** - GIL FARMA COMERCIAL FARMACÊUTICOS LTDA. - EPP  
**AUTUANTE** - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA  
**ORIGEM** - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 21/08/2018

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0119-01/18**

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Refeito o demonstrativo em decorrência de duplicidade de lançamentos. Mantida a exigência fiscal nas saídas de mercadoria em geral destinadas a órgãos da administração pública municipal. Infração 1 procedente em parte. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Método utilizado na apuração do imposto devido em desacordo com a legislação. Impossibilidade de obtenção correta do montante do débito tributário. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$61.774,07, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (03.02.04) – recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, dando saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, ocorrido nos meses de janeiro, fevereiro, abril e de junho a dezembro de 2014, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 2 (07.01.02) – recolheu a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, ocorrido nos meses de fevereiro e março de 2014, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 205 a 209. Requeru a nulidade do Auto de Infração em razão da autuante confundir a fórmula e a maneira de tributar as duas infrações.

Alegou que na infração 1 existem vários itens de mercadorias que foram duplicados de forma errônea, conforme planilha das fls. 217 a 219, que totalizam R\$30.164,27. Informou que algumas dessas mercadorias são de uso hospitalar, nas quais foram vendidas a órgãos públicos que faz com que inexistam fato gerador, conforme faz prova a planilha e as respectivas notas fiscais de saída, em anexo das fls. 220 a 244, que totalizam R\$7.038,60. Deste modo, reconheceu apenas que a tributação seja feita sobre o valor de R\$87.426,43, tendo em vista a dedução dos itens duplicados e não tributáveis, restando imposto a pagar no valor de R\$14.862,49.

Em relação à infração 2, o autuado apresentou DAEs, que comprovam pagamentos efetuados tempestivamente e de acordo com os Arts. 8º, inciso II e 3º; 23 da Lei nº 7.014/96 c/c 289 do RICMS publicado com o Decreto nº 13.780/2012 (fls. 246 a 250).

Requeru que as publicações e intimações sejam feitas em nome de Dr. MARCUS VINÍCIUS DE SOUZA SILVA, OAB/BA 37.250, sob pena de nulidade processual do ato praticado.

A Autuante apresentou informação fiscal das fls. 255 a 257. Reconheceu que ocorreu duplicação de notas fiscais na infração 1, atribuindo o erro a problemas no sistema SIAF. Disse que também excluiu as saídas que foram feitas para os órgãos públicos identificados nos documentos

anexados das fls. 314 a 319. Desta forma, apresentou novo demonstrativo de débito da infração 1, anexado das fls. 259 a 313, reduzindo a exigência fiscal para R\$17.664,98.

Na infração 1, foi lançado imposto em razão do autuado ter efetuado saída de mercadoria tributada como não tributada.

Em relação à infração 2, disse que o crédito reclamado se refere a antecipação nas mercadorias enquadradas na substituição tributária, cujo recolhimento ocorreu a menos. Ressaltou que todos os recolhimentos foram considerados, conforme demonstrativo à fl. 68 e extratos de pagamento às fls. 87 e 88. Destacou que os valores dos pagamentos efetuados através dos DAE's anexados das fls. 247 a 250 não foram considerados por se tratarem de Antecipação Parcial.

O autuado apresentou nova manifestação das fls. 325 a 329. Reclamou que o advogado constituído não foi intimado, gerando um cerceamento de defesa e nulidade do processo.

Salientou que o art. 5º da CF/88, em seu inciso LV, dá aos litigantes e aos acusados, em processo judicial ou administrativo, direito à ampla defesa e ao contraditório, de maneira que, qualquer obstáculo que impeça uma das partes de se defender da forma legalmente permitida gera o cerceamento da defesa.

Em relação à infração 1, disse que a autuante confirmou que houve a duplicação de algumas notas fiscais. Diante disso, concordou com o pagamento no valor devido de R\$14.862,49 e informou que já começou a realizá-lo.

Em relação à infração 2, disse que não ficou demonstrado a diferença a menor recolhida. Entendeu que é totalmente incabível a exigência, pois não houve fato gerador que sustentasse a autuação, pois os cálculos e respectivos recolhimentos foram feitos de forma integral, legal e em conformidade com a Lei nº 7.014/96. Reclamou que não ficou demonstrada a diferença entre o valor pago e a quantia devida por antecipação.

Reiterou o pedido para que todas as publicações e intimações fossem feitas em nome de Dr. MARCUS VINÍCIUS DE SOUZA SILVA, OAB/BA 37.250, sob pena de nulidade processual do ato praticado.

## VOTO

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

Na infração 1, foi lançado imposto em razão do autuado ter efetuado saída de mercadoria tributada como não tributada. O autuado identificou duplicidade no lançamento de algumas notas fiscais e apresentou uma planilha com a relação, conforme documento anexado das fls. 217 a 219. Também questionou a tributação de outras notas fiscais cujos destinatários foram órgão da administração pública municipal, conforme relação e cópia das notas fiscais anexadas das fls. 220 a 244.

Com relação à duplicidade de lançamento, a autuante reconheceu o equívoco e excluiu do lançamento as duplicidades das notas fiscais relacionadas das fls. 217 a 219. Exclusão que reconheço como devida, pois efetivamente estavam lançadas em duplicidade no demonstrativo original das fls. 08 a 65. Entretanto, observei que ainda restaram a ser excluídas do novo demonstrativo anexado das fls. 259 a 313 as Notas Fiscais nºs 55698, 57733, 60980 (glicerina bidestilada 30 ml), 61648 e 62863 (bolsa térmica), relacionadas pelo autuado em sua defesa e ainda permanecendo no novo demonstrativo.

Quanto às notas fiscais relacionadas e anexadas das fls. 220 a 244, que foram excluídas pela autuante no novo demonstrativo em reconhecimento aos argumentos trazidos pelo autuado em sua defesa, quando alegou não haver tributação por se tratarem de mercadorias destinadas a órgãos da administração pública municipal, entendo não ser procedente, pois não existe previsão

na legislação que ampare a desoneração do imposto. As mercadorias não se enquadram na hipótese de isenção prevista no inciso XXXIV do art. 264 do RICMS nem em qualquer outro dispositivo da legislação, devendo ser mantidos na exigência fiscal.

Desse modo, reconheço a infração 1 procedente em parte no valor histórico de R\$18.557,96, em decorrência da exclusão no demonstrativo original das fls. 08 a 65 dos lançamentos em duplicidade das notas fiscais relacionadas na planilha denominada “Lista de produtos duplicados”, anexado das fls. 217 a 219, ficando o demonstrativo final de débito da infração 1 nos seguintes termos:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/01/2014	799,87
30/04/2014	2.007,18
30/06/2014	3.468,35
31/07/2014	3.361,97
31/08/2014	1.368,74
30/09/2014	3.404,24
31/10/2014	856,15
30/11/2014	1.741,64
31/12/2014	1.549,82
<b>TOTAL</b>	<b>18.557,96</b>

Na infração 2, a exigência fiscal decorre de suposto recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária. A autuante apresenta demonstrativo de débito das fls. 69 a 86 onde fica evidenciado que foi adotado como cálculo para a apuração do ICMS a recolher, em relação às mercadorias que possuíam PMC, a aplicação do percentual de 3% sobre o valor do PMC.

A base de cálculo da substituição tributária nas operações com medicamentos é, em primeiro plano, o preço final a consumidor, único ou máximo, fixado por órgão público competente. Não existindo este preço, a base de cálculo será o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador. Não existindo nenhuma das alternativas anteriores, a base de cálculo será obtida nos termos do inciso II do caput do art. 23 da Lei nº 7.014/96, com utilização de MVA.

O autuado foi habilitado à fruição do tratamento tributário disposto no Decreto nº 11.872/09 por meio do Parecer nº 2556/2010 a partir de 12/03/2010. Neste decreto os contribuintes habilitados a sua fruição podem calcular o ICMS devido por antecipação tributária de duas formas, devendo escolher, por óbvio, aquele que produzir um resultado inferior.

A primeira opção seria reduzir a base de cálculo em 28,53%. A segunda opção seria aplicar o percentual de 16% sobre o valor de aquisição com um limite mínimo de pagamento correspondente a 3% do PMC. Da análise do demonstrativo anexado das fls. 69 a 86, verifiquei que a autuante simplesmente apurou o imposto devido por substituição tributária aplicando o percentual de 3% sobre o valor do PMC.

O percentual de 3% do PMC somente existe na segunda opção de cálculo do imposto devido por substituição tributária para estabelecer um teto mínimo de recolhimento, quando o contribuinte considera mais vantajoso utilizar a forma simplificada de apuração aplicando o percentual de 16% sobre o valor de aquisição, sem compensar o resultado obtido com qualquer crédito fiscal.

A opção de apurar o imposto aplicando o percentual de 16% sobre o valor de aquisição somente é viável para o contribuinte quando este valor está bem abaixo do PMC, hipótese em que raramente o resultado será superior a 3% do PMC. Assim, calcular o imposto devido aplicando o percentual de 3% sobre o PMC foi uma opção utilizada pela autuante que não existe na legislação. Como disse, este percentual apenas serve como teto mínimo caso o contribuinte opte em apurar o imposto pela forma simplificada.

O método utilizado pela autuante apresentou um resultado que não correspondeu ao imposto devido. Não serve para comparação com o imposto efetivamente recolhido pelo autuado na

apuração do suposto recolhimento a menos. Desse modo, como não foi obtido o montante do débito tributário na forma estabelecida na legislação, voto pela nulidade da infração 2, sugerindo o refazimento da ação fiscal a fim de apurar o imposto devido a partir do cálculo das duas opções existentes, considerando devido a que der o resultado menor, lembrando que a adoção de 3% do PMC somente se efetivará quando a opção da apuração na forma simplificada resultar em valor inferior e quando este resultado de 3% do PMC for inferior a primeira opção de utilizar a redução da base de cálculo em 28,53%.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$18.557,96, nos termos do demonstrativo final da infração 1.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206951.0011/17-7**, lavrado contra **GIL FARMA COMERCIAL FARMACÊUTICOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.557,96**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR