

**A. I. Nº** - 269353.0102/14-4  
**AUTUADO** - DIPA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PACHECO LTDA.  
**AUTUANTES** - SÉRGIO M. DE ARAÚJO CARVALHO e JOSERITA Mª SOUSA B. DE CARVALHO  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 14.02.2019

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0227-05/18**

**EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. MEDICAMENTOS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO EM 2009; b) FALTA DE RECOLHIMENTO EM 2010.** Contribuinte não deduziu qualquer argumentação específica voltada à contestação das infrações, tendo assumido o risco da condenação, na hipótese de sucumbir no enfrentamento das questões processuais suscitadas, como ocorreu de fato. Infrações caracterizadas; **c) RECOLHIMENTO A MENOR EM 2009; d) RECOLHIMENTO A MENOR EM 2010.** O site da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), é taxativo ao informar que, no caso de medicamentos fitoterápicos, apenas o preço de fábrica encontra-se liberado, sem que com isso deixe de existir um preço máximo ao consumidor, o que legitima o uso desse parâmetro para apuração da base de cálculo. A consulta à nota fiscal eletrônica 6194, prova o quanto alegado pela fiscalização. Infrações caracterizadas; **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. a) 2009; b) 2010.** Infrações revisadas pela ASTEC/CONSEF. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. MEDICAMENTOS. a) 2009; b) 2010.** Contribuinte não deduziu qualquer argumentação específica voltada à contestação das infrações, tendo assumido o risco da condenação, na hipótese de sucumbir no enfrentamento das questões processuais suscitadas, como ocorreu de fato. Infrações caracterizadas. Acolhida a arguição de decadência de parte dos créditos tributários lançados. Afastada a preliminar de nulidade do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 22/09/2014, para exigir ICMS no valor principal de R\$222.822,80, contendo as seguintes imputações fiscais:

**INFRAÇÃO 01 – 07.01.01:** “Deixou de efetuar recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou exterior. O contribuinte deixou de recolher ICMS devido por Antecipação tributária, referente a aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, relacionadas no Art. 353 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, no exercício de 2009. Esta apuração foi feita com Notas Fiscais de aquisição das mercadorias destinadas ao contribuinte. Sendo o mesmo signatário do Decreto 7799/2000 a apuração dos valores devidos foi feita considerando os benefícios nele previstos.

Tudo conforme planilhas constantes do anexo I, cópia de planilhas fornecidas pelo contribuinte às fls. 30 a 74, cópia dos Livros Fiscais constantes do Anexo XI, arquivos Magnéticos SINTEGRA encaminhados pelo contribuinte gravados no CD às fls. 17, e arquivo de Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte e a ele destinadas gravadas no CD às fls. 17.” **Enquadramento:** Artigo 371, art. 125, inciso II, alínea “b”, combinado com o art. 61, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Valor exigido. R\$892,19. **Multa Aplicada:** Artigo 42, Inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 02 – 07.01.01:** “Deixou de efetuar recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou exterior. O contribuinte deixou de recolher ICMS devido por Antecipação tributária, referente a aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, relacionadas no art. 353 do RICMS/BA, aprovado pelo decreto 6.284/97, no exercício de 2010. Esta apuração foi feita com Notas Fiscais de aquisição das mercadorias destinadas ao contribuinte. Sendo o mesmo signatário do Decreto 11.872/2009, a apuração dos valores devidos foi feita considerando os benefícios nele previstos. Tudo conforme planilhas constantes do Anexo II, cópia de planilhas fornecidas pelo contribuinte às fls. 30 a 74, cópia dos Livros Fiscais constantes do Anexo XI, arquivos Magnéticos SINTEGRA encaminhados pelo contribuinte gravados no CD às fls. 17, e arquivo de Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte e a ele destinadas gravadas no CD às fls. 17.” **Enquadramento:** Artigo 371, art. 125, inciso II, alínea “b”, combinado com o art. 61, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Valor exigido. R\$33.961,46. **Multa Aplicada:** Artigo 42, Inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 03 – 07.01.02:** “Efetuiu 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 exterior. O contribuinte recolheu a menor o ICMS devido por Antecipação tributária, referente a aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, relacionadas no art. 353 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, no exercício de 2009. Esta apuração foi feita com as Notas Fiscais de aquisição das mercadorias destinadas ao contribuinte. Sendo o mesmo signatário do Decreto 7799/2000, a apuração dos valores devidos foi feita considerando os benefícios nele previstos. Tudo conforme planilhas constantes do Anexo III, cópia dos recolhimentos efetuados pelo contribuinte consignados no sistema INC da SEFAZ/BA às fls. 25 a 29, cópia de planilhas fornecidas pelo contribuinte às fls. 30 a 74, cópia dos Livros Fiscais constantes do Anexo XI, arquivos Magnéticos SINTEGRA encaminhados pelo contribuinte, gravados no CD às fls. 17, e arquivo de Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte e a ele destinadas, gravadas no CD às fls. 17.” **Enquadramento:** Artigo 371, art. 125, inciso II, alínea “b”, combinado com o art. 61, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Valor exigido. R\$50.138,04. **Multa Aplicada:** Artigo 42, Inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 04 – 07.01.02:** “Efetuiu 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 exterior. O contribuinte recolheu a menor o ICMS devido por Antecipação tributária, referente a aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, relacionadas no art. 353 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, no exercício de 2010. Esta apuração foi feita com as Notas Fiscais de aquisição das mercadorias destinadas ao contribuinte. Sendo o mesmo signatário do Decreto 11.872/2009, a apuração dos valores devidos foi feita considerando os benefícios nele previstos. Tudo conforme planilhas constantes do Anexo IV, cópia dos recolhimentos efetuados pelo contribuinte consignados no sistema INC da SEFAZ/BA, às fls. 25 a 29, cópia de planilhas fornecidas pelo contribuinte às fls. 30 a 74, cópia dos Livros Fiscais constantes do Anexo XI, arquivos Magnéticos SINTEGRA encaminhados pelo contribuinte gravados no CD às fls. 17, e arquivo de Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte e a ele destinadas

gravadas no CD às fls. 17.” **Enquadramento:** Artigo 371, art. 125, inciso II, alínea “b”, combinado com o art. 61, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Valor exigido. R\$15.399,42. **Multa Aplicada:** Artigo 42, Inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 05 – 02.01.03:** “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou operações de venda de mercadorias tributadas normalmente como se fossem isentas do ICMS, no exercício de 2009. Tudo conforme planilhas denominadas “Saídas\_tributadas\_como\_isentas\_2009”, gravadas no CD às fls. 17, recibo de autenticação às fls. 75, primeira e última folhas da planilha conforme anexo V, cópia de notas fiscais de venda constantes do Anexo IX, cópia dos livros fiscais constantes do Anexo XI, e arquivo de Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte gravadas no CD às fls. 17.” **Enquadramento:** Artigo 2º, 50, 111, inciso I e 124, inciso I, do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Valor exigido. R\$58.569,72. **Multa Aplicada:** Artigo 42, Inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 06 – 02.01.03:** “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou operações de venda de mercadorias tributadas normalmente como se fossem isentas do ICMS, no exercício de 2010. Tudo conforme planilhas denominadas “Saídas\_tributadas\_como\_isentas\_2010”, gravadas no CD às fls. 17, recibo de autenticação às fls. 75, primeira e última folhas da planilha conforme anexo VI, cópia de notas fiscais de venda constantes do Anexo IX, cópia dos livros fiscais constantes do Anexo XI, e arquivo de Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte gravadas no CD às fls. 17.” **Enquadramento:** Artigo 2º, 50, 111, inciso I e 124, inciso I do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Valor exigido: R\$61.214,22. **Multa Aplicada:** Artigo 42, Inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 07 – 01.02.02:** “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente aquisição de material para uso/consumo do estabelecimento no exercício de 2009. Tudo conforme planilha constante do Anexo VII, cópia das Notas fiscais de compra constantes do Anexo X, cópia dos Livros Fiscais constantes do Anexo XI, e arquivo de Notas Fiscais eletrônicas destinadas ao contribuinte gravadas no CD, às fls. 17. **Enquadramento:** Artigo 93, inciso V, alínea “b” e 124 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Valor exigido: R\$1.425,12. **Multa Aplicada:** Artigo 42, Inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 08 – 01.02.02:** “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente aquisição de material para uso/consumo do estabelecimento no exercício de 2010. Tudo conforme planilha constante do Anexo VIII, cópia das Notas fiscais de compra constantes do Anexo X, cópia dos Livros Fiscais constantes do Anexo XI, e arquivo de Notas Fiscais eletrônicas destinadas ao contribuinte gravadas no CD, às fls. 17. **Enquadramento:** Artigo 93, inciso V, alínea “b” e 124 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Valor exigido: R\$1.195,89. **Multa Aplicada:** Artigo 42, Inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 29/09/2014, através de intimação pessoal, e ingressou com defesa administrativa protocolada em 27/10/2014, através de petição juntada às fls. 283 a 302, subscrita por advogados com procuração nos autos (doc. fl. 303).

Inicialmente e por economia processual cabe registrar que o contribuinte, em petição formulada por procurador, datada de 29/11/2018 (doc. fls. 802/805), devidamente autorizado pelo sócio majoritário da sociedade empresária, através da procuração de fl. 804, procedeu ao reconhecimento dos débitos vinculados aos itens 01, 02, 03 e 04 do Auto de Infração, nos valores principais, respectivamente, de R\$892,19; R\$33.961,46; R\$50.138,04 e R\$15.399,42 (Demonstrativo de Débito, fl. 803).

Na peça inicial do processo o contribuinte, através de seus advogados, suscitou a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que toda a fundamentação legal das infrações e seus

respectivos enquadramentos foram pautados no Decreto nº 6.284/97, que foi revogado em 1º/04/2012, pelo Decreto nº 13.780/2012. Fundamenta seu pedido de anulação nas disposições do art. 105 do CTN que veda a aplicação de dispositivo já revogado.

Ao ingressar no mérito a defesa arguiu a decadência dos créditos tributários, com fundamento no art. 150 do CTN, em relação ao período compreendido entre 31/01/2009 a 31/08/2009, para as infrações 01, 03, 05 e 07.

O contribuinte alegou também no mérito, em relação às infrações 03 e 04, a inexistência do PMC (preço máximo de consumidor) para os medicamentos fitoterápicos e os remédios de notificação simplificada. Disse que a regra da base de cálculo do ICMS-ST baseada no PMC se aplica aos medicamentos da linha alopática. Que os medicamentos fitoterápicos e outros classificados como de notificação simplificada foram liberados desse critério de ajustes de preços pela Resolução CMED nº 5/2003 e Resolução nº 3/2010, inexistindo em relação aos produtos dessa categoria o PMC. Transcreveu na peça de defesa o texto dessas Resoluções.

Em relação às infrações 05 e 06 a defesa afirmou que o imposto lançado neste item foi pago pelo regime de substituição tributária, embora o produto “soro fisiológico” não esteja enquadrado na antecipação do ICMS. Apontou e anexou na inicial as notas fiscais de compra que comprovariam o pagamento antecipado do imposto: NFs 1481, 1051, 2378,3064, 10535, 9421, 9414, 6987, 6395, 5769, 4657, 4093 e 3849.

Disse ainda que os livros de registro de entrada de março, junho, julho, setembro e novembro de 2009, janeiro, março, abril, agosto e novembro de 2010, comprovam o pagamento antecipado do ICMS por substituição tributária, dos produtos “soros fisiológicos”.

Entende que a juntada desses documentos demonstrar e comprovam que o contribuinte recolheu por substituição tributária, na entrada, o imposto devido relativamente às notas fiscais de saídas nº 784, 786, 788, 790, 791, 794, 795, 797, 804, 807, 808, 809, 810, 813, 10374, 10375, 10378, 10380, 10384, 10386, 10388, 10391, 10397, 10401, 10403, 10405, 10406, 10407, 10412, 19549, 19551, 19553, 19557, 19560, 19568, 19569 e 19570 de forma antecipada, independente do regime de tributação dos produtos.

Em análise as planilhas anexas (**documento 8 e 9 –fls. ....**), sustenta estar demonstrado que o valor recolhido antecipadamente por substituição tributária, pelo autuado, totaliza a quantia R\$ 23.714,88, e que deverá ser abatido no valor do imposto apurado nas saídas pelo fiscal autuante.

Assim, entende a autuada que o exame de auditoria realizado, da maneira como se tem nos autos, gera um pagamento de imposto em duplicidade. Com base nessa afirmativa, a autuada se considera credora do Estado relativamente ao imposto discutido, ao invés de ser devedora.

Ao finalizar a peça de defesa o contribuinte formula os seguintes pedidos:

- a) Seja regularmente distribuída e conhecida a presente IMPUGNAÇÃO, sendo processada pelo órgão competente;*
- b) Seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas;*
- c) seja reconhecida a nulidade do Auto de infração, fundada no vício formal, por ter o fiscal autuante lastreado toda fundamentação em Decreto já revogado, e dessa, forma Cerceando o Direito de defesa do impugnante;*

*Se assim não entendido:*

- d) Seja reconhecida a decadência, do crédito tributário, do período compreendido entre 31/01/2009 a 30/08/2009, das infrações 1,3,5 e 7 e seja retificado o valor estabelecido como multa pecuniária sancionatória, para que possa ser excluído do valor total, os valores correspondentes a multa e a moratória, dos créditos já decaídos;*

- e) Sejam revistas as infrações 3 e 4, para que o ICMS cobrado seja retificado, a fim de afastar a alíquota de PMC aplicada, haja vista que os medicamentos fitoterápicos, bem como nos de Notificação Simplificada não existem PMC;*
- f) Sejam também revistas as alegações constantes nas infrações 5 e 6, objetivando afastar a multa ali praticada, tendo em vista o pagamento antecipado por substituição tributária, evitando assim a bi-tributação;*
- g) Sejam, reanalisadas as notas fiscais anexas a este presente Auto de Infração, bem como as planilhas acostadas, para que ocorra a devida correção dos valores sancionatórios;*
- h) Ao se adentrar no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos*
- i) Seja ainda a impugnante intimada aqui de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.*

Foi prestada INFORMAÇÃO FISCAL, peça apensada às fls. 401 a 406 dos autos. Nessa peça processual os autuantes afastaram os argumentos defensivos no tocante a nulidade, decadência e demais questões de mérito. Finalizaram a informação pedindo que o Auto de Infração seja julgado TOTALMENTE PROCEDENTE.

O processo foi distribuído em 27/02/2015, para a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, na relatoria do julgador Luiz Alberto Amaral de Oliveira.

A empresa apresentou manifestação defensiva, juntada às fls. 412 a 414, firmada por seus advogados, ocasião em que apresentou esclarecimentos e exemplos acerca da não aplicação do PMC relativamente aos produtos fitoterápicos e outros classificados como de notificação simplificada.

O processo foi objeto de sucessivas diligências, na instrução ocorrida na relatoria do julgador Luiz Alberto Amaral de Oliveira, visando estabelecer o contraditório e a ampla defesa no tocante às cobranças relacionadas às infrações 03 e 04 e também das infrações 05 e 06, tudo conforme termos de diligência, juntados às fls. 435, 456 e 512 dos autos.

A ASTEC/CONSEF, através do Parecer Técnico 69/16, de 29 de julho de 2016, revisou os valores das infrações 05 e 06, reduzindo o débito desses itens da autuação de R\$ 58.569,72 para R\$ 46.519,00 (infração 05) e de R\$ 61.214,22 para R\$ 49.079,29 (infração 06). Foram efetuadas deduções relacionadas aos recolhimentos de ICMS por substituição tributária do produto “soro fisiológico”, conforme Demonstrativos juntados às fls. 516/517 com o detalhamento dos documentos fiscais de entrada e respectivos valores.

Após manifestação das partes no processo, no tocante à diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, o PAF foi redistribuído para este Relator, em 01/09/2017, em razão do julgador Luiz Alberto Amaral de Oliveira ter sido designado para exercer a função de Conselheiro nas Câmaras de Julgamento deste CONSEF.

O processo foi novamente convertido em diligência, em 29/05/2018, via pauta de julgamento suplementar. O conteúdo do pedido consta do Termo constante de fls. 723/734, transcrito abaixo na íntegra:

#### **BREVE EXPOSIÇÃO DOS FATOS**

*Trata o presente auto de infração de exigência de ICMS no valor de R\$ 222.822,80, além de multa e dos acréscimos moratórios, decorrentes de oito infrações distintas. A presente diligência diz respeito, apenas, às infrações 05 e 06, em complementação à diligência anterior que resultou no Parecer Técnico ASTEC nº 69/2016, de lavra do Auditor Fiscal Jorge Inácio de Aquino.*

*Ambas as infrações descrevem o mesmo tipo infracional, envolvendo a seguinte imputação: “deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”. A única distinção se deve ao período autuado, pois enquanto a infração 05 refere-se ao exercício de 2009, a infração 06 refere-se, por sua vez, ao exercício de 2010.*

*A autuada apresentou impugnação às folhas 283 a 399, mediante a qual contestou a autuação, alegando, especificamente em relação a essas duas infrações, que tais operações foram tributadas nas entradas, pelo regime de antecipação tributária, tendo solicitado que o valor recolhido na entrada venha a ser deduzido daquele que está sendo cobrado no presente auto de infração.*

*Para comprovação do quanto alega, anexou cópias dos documentos fiscais de entrada, bem como cópias do seu Livro Registro de Entradas com os lançamentos do imposto a débito, além de um demonstrativo com o montante total do ICMS indevidamente recolhido, conforme folhas 362 a 397.*

*Em sua informação fiscal (folhas 401 a 406), o autuante não nega a ocorrência do recolhimento nas entradas, tendo se limitado a asseverar o acerto do lançamento fiscal.*

#### **DA DILIGÊNCIA**

*Considerando que a dedução dos valores indevidamente antecipados é direito do contribuinte, previsto no art. 356, § 3º, inciso I do RICMS/97 (vigente à época dos fatos geradores), a 5ª JF, na sessão realizada no dia 09/06/2016, deliberou por encaminhar o presente processo em diligência à Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda - ASTEC, em complementação da diligência anterior (fls. 514/516), visando a adoção das seguintes providências.*

- 1. Intime a autuada com vistas a que apresente a relação dos documentos fiscais de entrada dos produtos: “Protetor Labial Docel Morango” (Código 4631) e “Gel Antisséptico 210g” (Código 6012), citados na petição de fls. 563/564 deste PAF e correspondentes anexos, tributados nas entradas pelo regime da antecipação tributária total, com os respectivos valores recolhidos indevidamente (normal e ST);*
- 2. Após validar as informações apresentadas, refaça os demonstrativos de débito relativos às Infrações 05 e 06, deduzindo do valor lançado no Auto de Infração aqueles montantes indevidamente antecipados, em cada um dos meses respectivos;*
- 3. Deverá ainda a ASTEC, em atendimento da petição defensiva juntada às fls. 613/614, apresentar outro Demonstrativo de Débito, para as infrações 05 e 06, desta vez com o cálculo das reduções do imposto previstas no Decreto nº 7.799/2000 (redução da base de cálculo para atacadistas). O referido Demonstrativo deverá ser elaborado em separado e em paralelo, para efeitos de comparação, com o Demonstrativo mencionado no item 02 acima, este, sem a respectiva redução do benefício fiscal.*

*Após o cumprimento das etapas acima, a ASTEC deverá dar ciência ao autuante e a autuada do resultado da presente diligência, concedendo-lhes um prazo comum de 10 (dez) dias para, querendo, se manifestarem.*

*Após, caso a autuada se manifeste, encaminhar o processo para que o autuante produza uma nova informação fiscal.*

*Depois destas providências, o PAF deverá ser devolvido ao CONSEF para que se dê sequência ao julgamento.*

A ASTEC/CONSEF através do Parecer Técnico nº 56/2018, datado de 11/09/18, revisou novamente as infrações 05 e 06, e partindo dos resultados da diligência anterior que excluiu a cobrança do produto “soro fisiológico”, procedeu à exclusão dos demais itens reclamados pela defesa, sujeitos à tributação normal, sendo apurado o valor de R\$ 44.390,00, para a infração 05; e, R\$ 48.755,88, para a infração 06. Em seguida a revisão apresentou, para efeitos de avaliação da JF, os cálculos contemplando a redução de base de cálculo de 41,176% previsto no Decreto nº 7.799/2000. Em decorrência foram apresentados no Parecer Técnico novas planilhas (fls. 730/731) reduzindo-se a infração 05, para a cifra de R\$ 26.111,97 e a infração 06, para o montante de R\$ 28.680,16.

Contribuinte e autuantes foram notificados da última revisão realizada pela ASTEC. Os autuantes apuseram a ciência nos autos, à fl. 791, sem mais nada acrescentar. A empresa, por sua vez,

através de procurador regularmente constituído, reconheceu a PROCEDÊNCIA das infrações 01, 02, 03 e 04. Quanto às infrações 05 e 06, disse não ter sido intimada pela revisora da ASTEC, mas apresentou, na Manifestação defensiva, o inteiro teor do pedido da diligência e do correspondente resultado, conforme cópias reprográficas anexadas às fls. 748 a 789 deste PAF.

Em 18/12/2018, o contribuinte atravessa nos autos petição, protocolada neste CONSEF, firmada por seus advogados, para comunicar que revoga e cancela a procuração passada em 11/10/2018 que nomeou como procurador o Sr. Fábio Eduardo Santana Santos, CPF nº ....., tornando sem efeito os atos por ele praticados.

Informa também que reconhece os débitos constantes no auto de infração de nº 269353.0102/14-4, nos montantes principais a seguir descritos:

**Infração 01 – 07.01.01:**

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
30/09/2009	09/10/2009	86,64	17.00	60.00	14,34
30/11/2009	09/12/2009	1.998,00	17.00	60.00	339,66
		<b>Dívida Reconhecida</b>			<b>R\$354,00</b>

**Infração 02 – 07.01.01:** Dívida Reconhecida de forma integral. Valor: **R\$33.961,46**.

**Infração 03 – 07.01.02:**

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
30/09/2009	09/10/2009	16.482,70	17.00	60.00	2.802,06
30/10/2009	09/11/2009	41.842,05	17.00	60.00	7.113,15
30/11/2009	09/12/2009	17.596,64	17.00	60.00	2.991,43
31/12/2009	09/01/2010	52.015,70	17.00	60.00	8.842,67
		Valor cobrado indevidamente pela SEFAZ ref. ao PMC (PLANILHA 1)			<b>-6.554,04</b>
		<b>Dívida Reconhecida:</b>			<b>R\$15.195,27</b>

**Infração 04 – 07.01.02:**

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/01/2010	09/02/2010	5.229,88	17.00	60.00	889,08
28/02/2010	09/03/2010	19.257,58	17.00	60.00	3.273,79
31/03/2010	09/04/2010	2.604,70	17.00	60.00	442,80
30/04/2010	09/05/2010	22.309,23	17.00	60.00	3.792,57
30/06/2010	09/07/2010	2.776,41	17.00	60.00	471,99
31/07/2010	09/08/2010	5.753,23	17.00	60.00	978,05
30/09/2010	09/10/2010	24.665,05	17.00	60.00	4.193,06
31/10/2010	09/11/2010	6.974,82	17.00	60.00	1.185,72
30/11/2010	09/12/2010	951,35	17.00	60.00	161,73
31/12/2010	09/01/2011	62,52	17.00	60.00	10,63
		Valor cobrado indevidamente pela SEFAZ ref. ao PMC (PLANILHA 2)			<b>-11.645,18</b>
		<b>Dívida Reconhecida:</b>			<b>R\$3.754,24</b>

**Infração 05 – 02.01.03:** Aguarda decisão.

**Infração 06 – 02.01.03:** Aguarda decisão.

**Infração 07 – 01.02.02:**

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
30/09/2009	09/10/2009	1.427,11	17.00	60.00	242,61
31/10/2009	09/11/2009	425,88	17.00	60.00	72,40
31/12/2009	09/01/2010	1.879,58	17.00	60.00	319,53
		<b>Dívida Reconhecida</b>			<b>R\$634,54</b>

**Infração 08 – 01.02.02:** Dívida Reconhecida de forma integral. Valor **R\$1.195,89**.

Valor total dívida reconhecida no auto de infração (sem contabilizar a infração 05 e 06, aguardando julgamento) = **R\$ 55.095,40**.

Por fim, anexou planilhas 1 (ano 2009) e 2 (ano 2010), que demonstram valor cobrado indevidamente pelos fiscais autuantes, no que se refere ao PMC.

## VOTO

O Auto de Infração em lide, é composto de 08 (oito) infrações, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte, em petição formulada por seus advogados, datada de 18/12/2018, (doc. fls. 811/814), procedeu ao reconhecimento dos débitos vinculados a parte dos itens 01, 03, 04 e 07, do Auto de Infração, e os valores totais das infrações 02 e 08, nos valores principais, respectivamente, de R\$354,39; R\$21.749,31; R\$15.399,42; e, R\$634,54 (valores parciais das infrações 01, 03, 04 e 07) e, na totalidade das quantias de R\$33.961,46 (infração 02) e R\$1.195,54 (infração 08) - Demonstrativos de Débito, juntados às fls. 811/813.

Em relação aos citados itens da autuação, em face do reconhecimento expresso da procedência pelo sujeito do passivo, ficam superadas as arguições de nulidade e, no mérito, as alegações de decadência e as demais questões atinentes à formação da base de cálculo do imposto.

Remanesce em discussão nos autos as infrações parte da Infração 01, 03, 04, 05, 06 e 07.

Quanto à alegação de nulidade pelo fato de o lançamento ter se embasado em Decreto já revogado, conforme suscita a autuada, é importante que se diga que o RICMS/97, aprovado pelo Decreto 6.284/97, somente foi revogado a partir de 01 de abril de 2012, data a partir da qual entrou em vigor o RICMS/12. Ora, os fatos geradores objetos do presente lançamento ocorreram ao longo dos exercícios de 2009 e 2010, período em que sequer existia o novo regulamento e cujas regras eram dadas pela legislação hoje revogada.

Conforme determina o art. 144 do CTN, a lei aplicável aos fatos é a vigente ao tempo de sua ocorrência, conforme se depreende da leitura do seu caput, abaixo reproduzido:

*“Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.”*

Não há, portanto, qualquer vício em fundamentar o lançamento no Regulamento anterior, pois foram as suas regras que regeram os efeitos dos fatos geradores então deflagrados. Rejeito, por conseguinte, a arguição de nulidade suscitada.

Quanto à decadência, que se trata de questão de mérito, essa arguição está adstrita às infrações 01, 03, 05 e 07, considerando que esses itens abarcaram fatos geradores ocorridos nos meses do exercício de 2009 e a ciência do Auto de Infração foi formalizada em 29/09/2014, através de intimação pessoal. O contribuinte suscitou a decadência de parte dos créditos tributários lançados do período compreendido entre 31/01/2009 a 31/08/2009.

As controvérsias relacionadas com o tema da decadência do ICMS encontram-se hoje pacificadas através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). Firmou-se 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.

Na vigência das normas revogadas do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia), 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 (Código Tributário Nacional) poderia prever prazos prescricionais 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/STF nº 08, não integraram o verbete sumular que se ateve à inconstitucionalidade de dispositivos de normas federais, que tratavam de decadência e de 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. Livaldo 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, e antes da publicação do Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, diversas DILIGÊNCIAS em processos que versaram sobre esta matéria foram encaminhadas para a PGE/PROFIS para que essa temática da decadência fosse re-analisada à luz da novel jurisprudência dos tribunais superiores.

A PGE/PROFIS ressaltou em seus Pareceres Jurídicos que vieram a ser posteriormente consolidados no Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, 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 junho 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 junho 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 a 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 a 12 de junho de 2008**, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, do CTN.*

Fixadas as premissas teóricas acima expostas, observo que 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 falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição; em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas; de recolhimento a menor do ICMS ST; e, de creditamento indevido do imposto na conta corrente fiscal.

Todas as ocorrências citadas, foram levadas à apuração pelo contribuinte na conta corrente do ICMS e devidamente informadas pelo contribuinte ao fisco estadual, não havendo fato omissivo que demandasse a aplicação de roteiros de auditoria que envolvessem maiores investigações ou aprofundamentos na fase de apuração. Portanto, o caso em exame abrangeu operações de circulação de mercadorias amplamente declaradas e escrituradas.

Essas situações que se enquadram perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN (Código Tributário Nacional), pois envolvem operações submetidas a lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” lançamento e o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade daqueles atos.

Importante ressaltar 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*” (efeitos 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 20/09/2014, com ciência ao contribuinte em 29/09/2014, 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, no que se refere às obrigações de pagar imposto (obrigações de dar pecúnia).

Assim, considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente A.I. nº 269353.0102/14-4, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 29/09/2014, os fatos geradores anteriores a 31/08/2009, relacionados com as infrações 05 e 07 foram fulminados pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados 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.***

No que se refere às parcelas remanescentes da infração 03, após a exclusão dos períodos atingidos pela decadência, e a totalidade do débito que compõe a infração 04, observo que as mesmas tratam do mesmo tipo infracional, envolvendo o recolhimento a menor do ICMS-ST de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação.

A autuada se opôs parcialmente a essas exigências fiscais, ao argumento de que a regra da utilização do PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor) como base de cálculo da operação não se aplica aos medicamentos fitoterápicos, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 299, abaixo transcrito:

***“Assim, diante das alegações constantes nas Infrações 3 e 4, onde o fiscal autuante acusa a impugnante de ser devedora de ICMS decorrente de transações financeiras, esclarecemos que tais operações financeiras têm como objeto medicamentos fitoterápicos e de notificação simplificada estando, dessa forma, os mesmos [estão] livres das regras de PMC como fator de cálculo para o ICMS.”***

Para fundamentar a sua tese, a autuada anexou ao processo a Resolução 3 da CMED (folha 318), a qual especifica os medicamentos que não se sujeitam aos mecanismos de tabela de preços máximo.

O autuante responsável pela informação fiscal manteve a autuação ao argumento de que a resolução citada não é instrumento de definição da base de cálculo, a qual se encontra

normatizada na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, conforme trecho reproduzido à folha 404 dos autos, transcrito a seguir.

*“Analisando a Lei 10.742/03, bem como Resoluções da CMED, não encontramos qualquer menção sobre apuração do ICMS. Quando muito, a lei e as resoluções em tela fazem referência ao estabelecimento de margens de comercialização. Não poderia ser diferente, a instituição e arrecadação do imposto em tela, nos termos da Constituição Federal de 1988, é de competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal, logo, inaplicável qualquer norma que deles não advenha. A antecipação do ICMS nas operações com produtos farmacêuticos foi disciplinada pelo Convênio 76/94 que, tratando da valoração da base de cálculo para apuração do valor devido, estabelece em sua Clausula segunda: ...”*

Assim, o deslinde da questão passa pelo exame da norma disciplinadora da base de cálculo, do ICMS ST, nas aquisições de medicamentos oriundos de outras unidades da federação.

Conforme sustenta o autuante, a regra aplicável à apuração do ICMS, incidente nas operações com medicamentos, encontra-se disposta no Convênio 76/94, cuja Cláusula Segunda assim dispõe:

*“Cláusula segunda. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.*

Como se pode ler, a partir do texto da cláusula acima, a regra emitida pelo CONFAZ é aplicável a todas as mercadorias que possuem controle de preços, ou seja, aquelas que têm o preço divulgado em tabela ou listado no PMC da CMED, esta última constituindo-se em regra subsidiária à regra principal que é a do *preço constante de tabela sugerido pelo órgão competente*.

O site da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), é taxativo ao informar que, no caso dos medicamentos fitoterápicos, apenas o preço de fábrica encontra-se liberado, sem que, com isso, deixe de existir um preço máximo ao consumidor, conforme se lê abaixo.

*“Esta lista apresenta os preços dos medicamentos ALOPÁTICOS não abrangendo os homeopáticos, fitoterápicos (Resolução CMED nº 5, de 9 de outubro de 2003), Medicamentos de Notificação simplificada, Anestésicos Locais Injetáveis Odontológicos e os Polivitamínicos (Resolução CMED nº 3 de 18 de março de 2010). Produtos esses que foram liberados dos critérios de estabelecimento ou ajuste de preço mas devem ter seus preços divulgados em revistas especializadas.*

*Neste caso, é importante ressaltar que apenas o Preço Fábrica encontra-se liberado, devendo o Preço Máximo ao Consumidor atender às margens previstas no art. 5º da Resolução CMED nº 2, de 12 de março de 2014 (extraído do site da CMED, no endereço eletrônico*

*[http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/db8c0780485faafcb240bb734e60b39c/LISTA\\_CONFORMID\\_ADE\\_GOV\\_2015-05-14.pdf?MOD=AJPERES](http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/db8c0780485faafcb240bb734e60b39c/LISTA_CONFORMID_ADE_GOV_2015-05-14.pdf?MOD=AJPERES), consultado em 22/05/2015”.*

No caso concreto, o exame da Nota Fiscal Eletrônica nº 6194, a partir do seu código de acesso nº 33090129333218000140550000000061940000750000 (especificado à folha 440), é revelador de que há um preço máximo de R\$45,04 para o medicamento “GINKOMILLIUM 120MG C/30 CPR (N)”, conforme se pode constatar no quadro “Produtos e Serviços”, clicando no símbolo “+”, ao lado da descrição da mercadoria citada (item “3”), e clicando, a seguir, no símbolo “+”, ao lado do quadro “Detalhamento específico dos medicamentos”. Lá é possível encontrar as informações seguintes: “Nro. do Lote: 1800508”; “Quantidade de produtos no lote: 600,00”; “Data de fabricação: 01/10/2008”; “Data de validade: 31/10/2010”; e “Preço Máximo Consumidor: 45,04”.

O Parecer DITRI nº 22549/2015 (cuja cópia se encontra à folha 469), não contraria o entendimento do fisco, pois a resposta dada à consulente ocorreu considerando a hipótese de que a mercadoria não possua PMC, segundo informação prestada pelo contribuinte, o que não é o caso em análise.

Essa conclusão se extrai da leitura de trecho do parecer citado, conforme abaixo reproduzido.

*“... Nesse contexto, não havendo PMC para o medicamento, bem como na hipótese de comercialização dos demais produtos relacionados no decreto em tela, ...”*

Ou seja, o Parecer não afirma que os produtos fitoterápicos não possuem PMC, apenas diz qual é o tratamento para aqueles itens que estejam nessa condição.

Observo ainda que o Manual de Substituição do Estado de Pernambuco, não faz igualmente qualquer afirmação nesse sentido, pois se limita a afirmar que os medicamentos fitoterápicos têm preços não sujeitos a controle por parte do Governo Federal, não trazendo qualquer assertiva voltada especificamente às mercadorias objeto da presente autuação.

Assim, não encontra amparo nos fatos a versão empresarial estampada na peça de defesa, pois existe preço máximo ao consumidor, inclusive para os medicamentos fitoterápicos. Sendo isso verdade, não merece reparo o lançamento, pois a base de cálculo deve ser apurada com base no PMC constante do próprio documento fiscal. Julgo procedente em parte o lançamento no que pertine à infração 03, com a exclusão dos períodos atingidos pela decadência, no importe principal de R\$21.749,31, e, procedente, em sua totalidade, a infração 04, na cifra principal de R\$15.399,42.

No que se refere às parcelas remanescentes da infração 05, após a exclusão dos períodos mensais atingidos pela decadência, e a totalidade do débito lançado na infração 06, observo que as mesmas descrevem o mesmo tipo infracional, envolvendo a seguinte imputação: *“deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*. A única distinção se deve ao período autuado, pois enquanto a infração 05 refere-se ao exercício de 2009, a infração 06 está adstrita ao exercício de 2010.

Na impugnação apresentada pelo contribuinte, às folhas 283 a 399, o mesmo contestou a autuação, alegando, especificamente, em relação a essas duas infrações, que tais operações foram tributadas nas entradas, pelo regime de antecipação tributária, tendo solicitado que o valor recolhido na entrada venha a ser deduzido daquele que está sendo cobrado no presente Auto de Infração. Para comprovação do quanto alegado, a defesa anexou cópias dos documentos fiscais de entrada, bem como cópias do seu Livro Registro de Entradas com os lançamentos do imposto a débito, além de um demonstrativo com o montante total do ICMS indevidamente recolhido, conforme folhas 362 a 397.

Em sua informação fiscal (folhas 401 a 406), o autuante não nega a ocorrência do recolhimento nas entradas, tendo se limitado a asseverar o acerto do lançamento fiscal.

A questão foi submetida a sucessivas revisões pela ASTEC/CONSEF, que procedeu à exclusão das cobranças das infrações 05 e 06 dos produtos “soro fisiológico”, “Protetor Labial Docel Morango” (Código 4631) e “Gel Antisséptico 210g” (Código 6012), citados na petição inicial de defesa na Manifestação de fls. 563/564 deste PAF.

Trata-se de produtos submetidos ao regime de tributação normal (débitos vs. créditos), mas o contribuinte promoveu em relação aos mesmos, a retenção do ICMS por substituição tributária de forma indevida. Nesta específica situação as diligências foram encaminhadas com o objetivo de se determinar as vinculações dos documentos fiscais de entrada com os pagamentos efetuados a título de antecipação tributária total, restando evidenciado os recolhimentos indevidos do imposto para os produtos “soro fisiológico”, “Protetor Labial Docel Morango” (Código 4631) e “Gel Antisséptico 210g” (Código 6012). Cabe neste caso a dedução do valor autuado das parcelas já recolhidas, ainda que a título de substituição tributária nas entradas, devendo a SEFAZ-BA,

através do órgão competente, fazer em relação a esses valores, a retificação ou correção do código de receita para o pagamento do ICMS Normal (Código de Receita nº 0759).

Em relação aos valores remanescentes apurados na última revisão fiscal que resultou no Parecer Técnico nº 56/2018, datado de 11/09/18, e partindo dos resultados da diligência anterior que excluiu a cobrança do produto “soro fisiológico”, procedeu-se à retirada da autuação dos demais itens reclamados pela defesa, sujeitos à tributação normal, e também os períodos atingidos pela decadência, para a infração 05, sendo apurado o valor residual de R\$15.017,15, para a infração 05; e, R\$48.755,88, para a infração 06. Esses valores remanescentes devem ser mantidos na autuação visto que o contribuinte não trouxe provas de que promoveu o recolhimento do imposto residual apurado na ação fiscal.

Quanto ao pedido da defesa de redução de base de cálculo do ICMS em 41,176%, previsto no Decreto nº 7.799/2000, por se tratar de benefício fiscal é condicionado a que o contribuinte cumpra corretamente as suas obrigações fiscais. No caso concreto, o contribuinte, em relação às parcelas remanescentes da infração 05 e a totalidade da infração 06, deixou de cumprir a obrigação tributária principal de recolhimento do ICMS nos prazos definidos na legislação. Aplica-se ao caso as disposições dos arts. 11, 12 e 13 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, verificados em 2009 e 2010.

Quanto às infrações 07 e 08, relacionadas ao creditamento indevido de ICMS por aquisição de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, excluído os períodos atingidos pela decadência, as parcelas remanescentes não foram objeto de impugnação específica do contribuinte. Nessa situação as referidas cobranças devem ser mantidas em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de setembro de 2009. A infração 07 fica reduzida para a cifra de R\$634,54, e a infração 08, já reconhecida pelo sujeito passivo, fica mantida no valor original de R\$1.195,54.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no importe principal de **R\$137.068,04**, que passa a ter a composição descrita nas planilhas abaixo:

#### INFRAÇÃO 01

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
07.01.01	1	30/09/2009	09/10/2009	14,73	14,73
07.01.01	1	30/11/2009	09/12/2009	339,66	339,66
<b>TOTAL</b>					<b>354,39</b>

#### INFRAÇÃO 02

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
07.01.01	2	28/02/2010	09/03/2010	373,63	373,63
07.01.01	2	31/03/2010	09/04/2010	1.318,46	1.318,46
07.01.01	2	30/04/2010	09/05/2010	339,66	339,66
07.01.01	2	31/05/2010	09/06/2010	4.276,15	4.276,15
07.01.01	2	30/06/2010	09/07/2010	5.879,04	5.879,04
07.01.01	2	31/07/2010	09/08/2010	3.608,18	3.608,18
07.01.01	2	31/08/2010	09/09/2010	8.877,61	8.877,61
07.01.01	2	30/09/2010	09/10/2010	1.171,54	1.171,54
07.01.01	2	31/10/2010	09/11/2010	5.506,68	5.506,68
07.01.01	2	30/11/2010	09/12/2010	267,43	267,43
07.01.01	2	31/12/2010	09/01/2011	2.343,08	2.343,08
<b>TOTAL</b>					<b>33.961,46</b>

#### INFRAÇÃO 03

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
07.01.02	3	30/09/2009	09/10/2009	2.802,06	2.802,06
07.01.02	3	31/10/2009	09/11/2009	7.113,15	7.113,15
07.01.02	3	30/11/2009	09/12/2009	2.991,43	2.991,43
07.01.02	3	31/12/2009	09/01/2010	8.842,67	8.842,67
<b>TOTAL</b>					<b>21.749,31</b>

#### INFRAÇÃO 04

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
07.01.02	4	31/01/2010	09/02/2010	889,08	889,08
07.01.02	4	28/02/2010	09/03/2010	3.273,79	3.273,79
07.01.02	4	31/03/2010	09/04/2010	442,80	442,80
07.01.02	4	30/04/2010	09/05/2010	3.792,57	3.792,57
07.01.02	4	30/06/2010	09/07/2010	471,99	471,99
07.01.02	4	31/07/2010	09/08/2010	978,05	978,05
07.01.02	4	30/09/2010	09/10/2010	4.193,06	4.193,06
07.01.02	4	31/10/2010	09/11/2010	1.185,72	1.185,72
07.01.02	4	30/11/2010	09/12/2010	161,73	161,73
07.01.02	4	31/12/2010	09/01/2011	10,63	10,63
<b>TOTAL</b>					<b>15.399,42</b>

#### INFRAÇÃO 05

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
02.01.03	5	30/09/2009	09/10/2009	8.998,37	2.511,11
02.01.03	5	31/10/2009	09/11/2009	4.326,34	4.254,43
02.01.03	5	30/11/2009	09/12/2009	4.838,77	3.792,65
02.01.03	5	31/12/2009	09/01/2010	4.487,72	4.458,96
<b>TOTAL</b>					<b>15.017,15</b>

#### INFRAÇÃO 06

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
02.01.03	6	31/01/2010	09/02/2010	6.972,96	4.504,37
02.01.03	6	28/02/2010	09/03/2010	3.655,62	3.655,62
02.01.03	6	31/03/2010	09/04/2010	4.800,40	3.716,14
02.01.03	6	30/04/2010	09/05/2010	4.720,53	2.270,81
02.01.03	6	31/05/2010	09/06/2010	4.409,91	4.409,91
02.01.03	6	30/06/2010	09/07/2010	3.311,13	3.311,13
02.01.03	6	31/07/2010	09/08/2010	6.205,10	6.205,10
02.01.03	6	31/08/2010	09/09/2010	5.423,50	2.825,06
02.01.03	6	30/09/2010	09/10/2010	4.392,60	3.201,55
02.01.03	6	31/10/2010	09/11/2010	5.951,96	5.951,96
02.01.03	6	30/11/2010	09/12/2010	6.382,77	3.860,33
02.01.03	6	31/12/2010	09/01/2011	4.987,74	4.843,90
<b>TOTAL</b>					<b>48.755,88</b>

INFRAÇÃO 07

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
01.02.02	7	30/09/2009	09/10/2009	242,61	242,61
01.02.02	7	31/10/2009	09/11/2009	72,40	72,40
01.02.02	7	31/12/2009	09/01/2010	319,53	319,53
<b>TOTAL</b>					<b>634,54</b>

INFRAÇÃO 08

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
01.02.02	8	28/02/2010	09/03/2010	419,44	419,44
01.02.02	8	31/03/2010	09/04/2010	299,65	299,65
01.02.02	8	30/04/2010	09/05/2010	42,55	42,55
01.02.02	8	31/05/2010	09/06/2010	72,56	72,56
01.02.02	8	30/06/2010	09/07/2010	113,27	113,27
01.02.02	8	31/07/2010	09/08/2010	248,42	248,42
<b>TOTAL</b>					<b>1.195,89</b>

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 **269353.0102/14-4**, lavrado contra **DIPA - DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PACHECO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para recolher o imposto no valor de **R\$137.068,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a”, “d” e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Os valores já recolhidos pelo contribuinte, deverão ser homologados pela repartição fiscal de origem do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, em 19 de dezembro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA