

A. I. Nº - 281071.0008/20-0
AUTUADA - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.
AUTUANTES - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO e JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.04.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-05/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração 01. A maior parte das notas fiscais que compõem essa ocorrência, se referem a operações em que houve a recusa de recebimento dos produtos, ou operações de devolução das mercadorias. Inocorrência de fato gerador do imposto. Quanto às notas fiscais remanescentes, estão relacionadas a operações de aquisição do produto "BROMELIN PROPOLIS SPRAY", que não está enquadrada no regime de Substituição Tributária. Os valores cobrados neste item da autuação são indevidos, conforme reconhecido pelos autuantes na fase de informação fiscal. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração 02. Não acolhida a alegação de nulidade suscitada pela defesa. No mérito, mantida a exigência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/03/2020, para exigência de ICMS no valor principal de R\$89.741,22, contendo as seguintes imputações fiscais:

Infração 01 – 07.01.01 - Deixou de efetuar o 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 do exterior. Falta de Antecipação do ICMS Substituição Tributária, apurada a partir das informações contidas nas notas fiscais de entradas, em confronto com os registros da Escrituração Fiscal Digital – EFD, do período auditado, além do batimento com demais informações constantes das bases de dados da SEFAZ e outras prestadas pelo contribuinte, solicitadas pela fiscalização. Detalhamento das notas fiscais objeto da cobrança nos Anexos B1, B2 e B3 do presente Auto de Infração. **Valor exigido: R\$87.394,16.** Ocorrência verificada nos meses de fev, mai, jun, jul, ago, set, out e nov e dez de 2018; abr, mai, jul, ago, set, nov e dez de 2019. Aplicada a multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. II, letra "d" da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 07.01.02 - 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. Antecipação a menor do ICMS Substituição Tributária, apurada a partir das informações contidas nas notas fiscais de entradas, em confronto com os registros da Escrituração Fiscal Digital – EFD, do período auditado, além do batimento com demais informações constantes das bases de dados da SEFAZ e outras prestadas pelo contribuinte, solicitadas pela fiscalização. Detalhamento das notas fiscais objeto da cobrança nos Anexos A1 e A2 do presente Auto de Infração. **Valor exigido: R\$2.347,06.** Ocorrência verificada nos meses de fev, mar, abr, jun e dez de 2018; mar, abr, jun, ago, nov e dez de 2019. Aplicada a multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. II, letra "d" da Lei nº 7.014/96.

Juntado à fl. 05, mídia digital contendo os Demonstrativos referenciados no Auto de Infração.

O contribuinte foi notificado do lançamento através do Correios, em 05/05/2020, conforme aviso de recebimento (AR) apensado à fl. 8, e ingressou com defesa administrativa através da petição datada de 17/06/2020, protocolada no sistema de informações do processo da SEFAZ-Ba, em 29/06/2020. Inicial defensiva inserida entre as fls. 13 e 22, subscrita por advogados com procuração nos autos (doc. fl. 33).

Após destacar a tempestividade da peça impugnatória, o contribuinte informou ser uma pessoa jurídica, de direito privado, constituída sob a forma de sociedade empresária limitada, que tem por objeto social a comercialização e distribuição de medicamentos, produtos de higiene, entre outros (CNAE 4644-3/01), sujeitando-se a pagamento do ICMS.

Em relação à primeira acusação fiscal a defesa afirmou que as notas fiscais que compõem a Auditoria não foram entregues ao estabelecimento da impugnante. Que as mesmas foram objeto de retorno aos fornecedores, adentrando nos respectivos estabelecimentos conforme robusto acervo probatório. Frisou que os casos que caracterizam a operação de retorno envolvem diversas hipóteses tais como: recusa de recebimento; falta de localização do endereço do destinatário; falta de padrão e especificações das mercadorias; impossibilidade de entrega por motivo do estabelecimento estar fechado ou inacessível, entre outros.

Neste contexto a defesa sustenta que a empresa autuada não tem nenhum dever instrumental de escriturar as notas fiscais emitidas pelos seus fornecedores, pois não recepcionou as mercadorias em seu estabelecimento, como também não tem a obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações acessórias de terceiros ou produzir provas de fatos negativos.

Não obstante essas circunstâncias, a impugnante conseguiu obter a relação de notas fiscais emitidas por seus fornecedores, elidindo assim a presunção que edifica a acusação fiscal. Noutras situações a não concretização das operações foi comprovada através de “protocolo de recusa” ou de informação lançada no próprio portal da nota fiscal eletrônica.

A defesa apresentou a relação das notas fiscais e demais documentos comprobatórios da não concretização das operações presumidas pelas autoridades fiscais, na tabela reproduzida às fls. 15verso e 16 e no acervo probatório anexado entre as fls. 39 a 74verso dos autos (doc. 05). A partir desses elementos afirma serem inexistentes os fatos geradores relacionados às notas fiscais que integram os anexos B1 e B3 do Auto de Infração.

Nos casos remanescentes, afirmou que as notas fiscais foram escrituradas com a tratativa de ICMS antecipado, em razão dos códigos NCM dos produtos estarem fora do regime da substituição tributária. Esta situação se refere às notas fiscais 186.377, 186.835, 187.194; 188.966, 189.807 e 190.007, que integram o anexo B2 da acusação fiscal. Declarou que os citados documentos fiscais foram emitidos por um único fornecedor, a empresa “Quesalon Representação de Produtos Farmacêuticos Ltda”, abrangendo o mesmo produto: “SPRAY BROMELIN PRÓPOLIS”. Consignou que o código NCM do produto (NCM 3306.9000) não está incluso no regime do ICMS-ST, conforme anexo I, do RICMS/Ba – redação vigente em 2019. Relação de notas fiscais entre as fls. 76 a 78 verso (doc. 06).

Em relação à segunda acusação fiscal, o contribuinte suscitou a nulidade dessa cobrança em razão da precariedade motivatória da cobrança, além do fato da empresa ter apurado corretamente o imposto, de acordo com o previsto no art. 289, § 10, inc. III do RICMS-Ba.

Esta infração se refere às aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação, entre 02/2018 e 12/2019, no valor histórico de R\$2.347,06. A defesa argumenta, que o lançamento para ser válido, a autoridade fiscal deve, no exercício da atividade vinculada que está adstrita, observar determinados requisitos imprescindíveis à constituição do ato administrativo. Dentre esses requisitos destaca-se a motivação da acusação fiscal. Disse que no caso em exame, os autuantes não cumpriram com o dever administrativo veiculado no art. 18, IV, “a” c/c o art. 39 do RPAF, isto porque a forma como foi redigido o relato da infração não possibilita se extrair elementos

suficientes para se determinar com segurança o seu conteúdo, pois a autoridade fiscal limitou-se a afirmar que a impugnante teria recolhido o imposto a menor, sem especificar o por quê. Inclusive no que se refere à determinação da base de cálculo ou então o suposto erro na apuração no imposto.

Entende que nesta situação houve prejuízo para o direito de defesa. Discorreu que mesmo desenvolvendo um esforço intelectivo para a compreensão da acusação fiscal, a partir dos dispositivos considerados infringidos, todos transcritos na inicial defensiva (art. 8º e art. 23 da Lei 7.014/96 e art. 289 do RICMS-Ba – Dec. 13.780/2012), declarou ser impossível deduzir o que os autuantes estariam tratando ao supor o pagamento ter sido efetuado a menor.

Em decorrência do quanto acima exposto, a defesa sustenta que a infração 02 é absolutamente nula, por inobservância do preceito do art. 39, inc. III do RPAF/99 e, no mesmo sentido, por violação da Súmula nº 01 deste CONSEF, que apresenta o seguinte conteúdo:

SÚMULA CONSEF N° 01

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Por outro lado, no tocante ao mérito, através de formulação de defesa indireta, a impugnante não reconhece a acusação de pagamento a menor do ICMS-ST, afirmando que procedeu à correta apuração do imposto a partir das notas fiscais emitidas por seus fornecedores, além de estar em conformidade com as disposições do art. 289 do RICMS/Ba.

Na sequência, a defesa, em razões subsidiárias, contesta a multa aplicada no Auto de Infração, no percentual de 60% do valor do imposto lançado, em razão das regras que vedam o confisco e a desproporcionalidade da cobrança, configurando forma abusiva de exigência fiscal, proibida ao Estado no que se refere a tributos e penalidades. Transcreveu decisão proferida pelo STF sobre essa questão, no julgamento ocorrido em 06/04/2010, publicado em 23/04/2010, RE 523471, AgR, Relator – Ministro Joaquim Barbosa. Pede a exclusão da multa por ferir o princípio do não confisco (art. 150, inc. IV da CF/1988).

Por último, a defesa sustenta, também em razões subsidiárias, que caso as multas de ofício de cada acusação fiscal sejam mantidas, sobre elas não poderão ser exigidos juros de mora. Argumenta que nos termos do art. 161 do CTN (Código Tributário), o termo crédito tributário se refere apenas aos tributos devidos, não alcançando as multas pecuniárias, isto porque de acordo com o art. 139 do CTN, o “crédito tributário” decorre apenas da obrigação principal e o art. 113, § 1º, do mesmo Código estabelece que o surgimento da obrigação tributária se dá somente com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento de tributo. Nessa linha de entendimento, a defendant sustenta que fora a hipótese de os juros serem cobrados para indenizar o credor pelo não pagamento do tributo no prazo estipulado em lei, qualquer outra incidência de juros é abusiva e arbitrária por ausência de pressuposto legal. Tal cobrança implicaria enriquecimento ilícito do Erário.

O contribuinte finalizou a peça de defesa formulando os seguintes pedidos:

I – que seja declarada a improcedência das acusações fiscais, cancelando-se integralmente o Auto de Infração;

II – subsidiariamente, na remota hipótese de manutenção dos ICMS lançado, que seja reduzida a penalidade aplicada.

Juntados na inicial os seguintes documentos em cópias reprográficas: i) cartão de inscrição no CNPJ (doc. 01); ii) procuração e substabelecimento conferido aos advogados para a elaboração da peça de defesa (doc. 03); iii) alteração e consolidação do Contrato Social da empresa autuada (doc. 02); iv) Auto de Infração (doc. 04); v) Intimação (doc. 05); vi) cópias das notas fiscais e documentos correlatos, objeto da contestação (docs. 05 e 06).

Informativo Fiscal prestado pelos autuantes, subscrito em 29/07/2020, peça processual anexada às fls. 106/107 deste PAF. Inicialmente as autoridades fiscais discorreram que o Auto de Infração foi lavrado a partir de Auditoria do ICMS Substituição Tributária, sendo constatado que a empresa deixou de recolher e recolheu a menor o ICMS relativo à antecipação tributária nas entradas de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação. Acrescentaram que o contribuinte autuado é detentor de Termo de Acordo, sendo beneficiário de redução de base de cálculo na apuração do ICMS-ST, conforme Decreto nº 11.872/2009.

Mais à frente observaram que o presente lançamento de ofício foi constituído em estrita observância das disposições legais, sendo entregue ao contribuinte, em meio magnético, todas as peças do PAF, anexos A1, A2, B1, B2 e B3, contendo as informações necessárias para a compreensão das infrações, destacando-se as notas fiscais eletrônicas.

Com relação a parte das notas fiscais que compõem a Infração 01, constataram estarem corretas as razões apresentadas na peça de defesa, através da comprovação de recusa ou devolução das mercadorias, procedendo à exclusão das cobranças que compõem os Anexos B1 e B3. Quanto às demais notas fiscais que acobertaram as operações com o produto “BROMELIN PROPOLIS SPRAY” (Anexo B2), concordaram com o entendimento da defesa de que a referida mercadoria não está enquadrada no regime de Substituição Tributária do ICMS. Em consulta ao site do fabricante (http://www.lebron.com.br/produto/produto_aberto/clinica-medica/58), o produto em questão é descrito como “cosmético”, não sendo, portanto, medicamento. Também em consulta à ANVISA não encontraram registro do produto na categoria de medicamento. Reconheceram a IMPROCEDÊNCIA TOTAL da Infração 01.

No que se refere à Infração 02, discordaram das alegações apresentadas na peça defensiva. Os autuantes afirmaram que nos Anexos A1 e A2, foram apresentados todos os elementos que dão sustentação aos cálculos do ICMS ST recolhido a menor. Nesses demonstrativos foram relacionadas as notas fiscais com o respectivo número, o item do produto, a alíquota interna, o IPI, descontos e outras despesas, o tipo da Lista do medicamento (Negativa, Positiva ou Neutra), o percentual de redução da base de cálculo, o ICMS próprio, a MVA ou PMC, a alíquota aplicada na operação de origem, a base de cálculo do ICMS-ST, e, por último, a diferença de ICMS apurada, correspondente à diferença entre o imposto devido para cada NF e o efetivamente antecipado e levado a registro na escrita fiscal digital (EFD). Os autuantes, sustentam, portanto, que a infração 02 encontra-se plenamente detalhada, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa e nulidade do ato de lançamento.

Pedem que a Infração 02 seja mantida no valor de R\$2.347,06, e a declaração de PROCEDÊNCIA PARCIAL deste Auto de Infração.

O contribuinte foi notificado das alterações processadas no Auto de Infração pelos autuantes e apresentou Manifestação defensiva, acostada entre as fls. 112/116 deste PAF, peça processual datada de 04/12/2020.

Declarou que em relação à Infração 01, a Fiscalização de maneira acertada reconheceu a improcedência da exigência fiscal diante da comprovação pela Impugnante da não concretização das operações, motivo pelo qual opinou pelo cancelamento da exigência no montante de originário de **R\$87.394,16**, além dos consectários legais e multa.

Por outro lado, em relação à **Infração 02**, que aponta um suposto recolhimento a menor do ICMS por antecipação, a Autoridade Fiscal entendeu pela manutenção da exigência fiscal, no montante originário de **R\$2.347,06**. Considerando as informações apresentadas na Informação Fiscal, a impugnante disse ser forçoso reconhecer que a Fiscalização:

- (i) **não esclareceu/justificou por que o montante do imposto por ela apurado é superior àquele apurado e pago pela Impugnante;**

(ii) limitou-se a afirmar que o “demonstrativo fiscal” acostado ao Auto de Infração seria suficiente à “evidenciação da infração”, sem apontar nenhum cálculo a título de amostragem ou exemplificação.

Reiterou todas as razões apresentadas na inicial defensiva, para que seja decretado o cancelamento da cobrança que integra a infração 02. Subsidiariamente, na remota hipótese de manutenção desta cobrança, volta a formular o pedido de redução da penalidade aplicada, nos termos das razões já apresentadas na Impugnação.

Em nova informação fiscal (fl. 126), datada em 28/12/2020, os autuantes destacaram, inicialmente, que o contribuinte não apresentou fatos novos em relação à inicial defensiva. Voltaram a afirmar que os Demonstrativos da Infração 02 apresentam todos os cálculos necessários à apuração das divergências encontradas na ação fiscal: notas fiscais com o respectivo número, item a item dos produtos, alíquotas, quantidades, valor da operação, valor da MVA ou do PMC e a base de cálculo do ICMS-ST. Para cada NF foram apresentados os itens de mercadoria, separadamente, por linhas, os valores dos cálculos intermediários e os percentuais de redução da base imponível.

Por fim, ratificaram a informação fiscal prestada anteriormente, pedindo que no julgamento do presente PAF seja declarada a PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, reduzindo-se a cobrança para o valor principal de R\$2.347,06.

Este é o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide, é composto de duas ocorrências fiscais relacionadas às imputações de falta de recolhimento e recolhimento do menor do ICMS devido por substituição tributária (ICMS-ST), nas operações de aquisição interestadual de produtos farmacêuticos e similares.

Na infração 01, foi lançada a exigência de ICMS por falta de recolhimento da antecipação tributária total (ICMS-ST), no valor principal de R\$87.394,16, e na Infração 02, a acusação de recolhimento a menor do ICMS-ST, no valor principal de R\$2.347,06, ambas acrescidas de multa pecuniária de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. II, letra “d” da Lei nº 7.014/96.

Em relação à maior parte das notas fiscais que compõem a Infração 01, listadas nos Anexos B1 e B3 (CD anexo, fl. 05), os autuantes, a partir das provas documentais juntadas pelo contribuinte na peça de defesa, entre a fl. 39verso e a fl. 75 deste PAF, constataram que houve a recusa de recebimento dos produtos ou a devolução das mercadorias listadas na autuação, procedendo à exclusão dessas cobranças. Esses desfazimentos/cancelamentos das operações, têm origem em diversos motivos, a exemplo de falta de especificação ou adequação da mercadoria; impossibilidade de entrega dos produtos, entre outros.

A defesa listou às páginas 07 e 06 da impugnação, que corresponde às fls. 15, verso e 16 do PAF, a relação de notas fiscais emitidas por seus fornecedores e as correspondentes notas fiscais de entrada ou termos de recusa e devolução das mercadorias, demonstrando a inocorrência de fato gerador do ICMS nessas operações.

Quanto às notas fiscais eletrônicas/DANFEs remanescentes da Infração 01, nº 186.377, nº 186.835, nº 187.194; nº 188.966, nº 189.807 e nº 190.007, que acobertaram as operações de aquisição do produto “BROMELIN PROPOLIS SPRAY”, constante do Anexo B2 (CD anexo, fl. 05), os autuantes concordaram com o entendimento da defesa de que a referida mercadoria não está enquadrada no regime de Substituição Tributária do ICMS, a partir de consulta ao site do fabricante do produto (http://www.lebron.com.br/produto/produto_aberto/clinica-medica/58), classificado como “cosmético”, não sendo, portanto, medicamento.

Também em consulta à ANVISA, não encontraram registro dessa mercadoria na categoria de medicamento.

O referido produto, apresenta o código NCM-SH 3306.9000, que não está incluso no regime do ICMS-ST, conforme anexo I do RICMS/Ba – redação vigente em 2019. A relação de notas fiscais que acobertaram o referido produto, inserida entre às fls. 76 a 78 verso deste Processo Administrativo (doc. 06).

Restou, portanto, comprovada a TOTAL IMPROCEDÊNCIA da Infração 01.

No que se refere à Infração 02, os argumentos defensivos se restringiram à alegação de nulidade desta cobrança, em razão de não ter sido demonstrado no Auto de Infração qual o motivo da diferença de apuração do ICMS-ST calculado pela fiscalização, em comparação com o que foi apurado pelo contribuinte e recolhido aos cofres do Estado.

A defesa sustenta que neste caso, por não existir essa demonstração nos autos desses cálculos, ainda que de forma exemplificativa, estaria configurado o cerceamento ao direito de defesa, incorrendo o lançamento, neste item, em nulidade absoluta, por inobservância do preceito do art. 39, inc. III do RPAF/99, e, no mesmo sentido, por violação da Súmula nº 01 deste CONSEF.

Ocorre ao contrário do que foi declarado pela defesa, as cobranças lançadas no item 02 da autuação foram detalhadas nos demonstrativos inseridos nos Anexos A1 e A2 (CD anexo, fl. 05), cópias entregues ao contribuinte, contendo: a) o número da nota fiscal eletrônica (NF-e), com a especificação do produto e respectiva NCM; b) , o valor do produto; c) as quantidades; d) a unidade da Federação de origem da operação; e) a base de cálculo da operação própria; f) a redução da base de cálculo da operação própria; g) o valor do ICMS próprio; h) a MVA ou PMC aplicável ao produto; i) a base de cálculo do ICMS-ST; j) a base de cálculo reduzida do ICMS-ST; k) a diferença aritmética entre o cálculo do ICMS-ST efetuado pelo contribuinte e o realizado pela fiscalização (destacado em verde).

A título de exemplo, cito o produto acobertado pela NF-e nº 140.329, com dados extraídos do Demonstrativo do Auto de Infração cujo “print” é reproduzido abaixo para o produto (medicamento) TROFANIL 25 MG C/20 DRG: a) NCM 3004.9069; b) valor do produto destacado na NFe: R\$3.361,19; c) quantidade: 400; d) Remetente: ASPEN PHARMA IND. FARMACÊUTICA LTDA (Estado do Espírito Santo); e) Base de Cálculo do ICMS próprio: R\$3.361,19; f) Base de Cálculo do ICMS Próprio Reduzida: R\$3.028,43; g) ICMS Próprio (alíquota de 12%): R\$363,41; h) PMC: R\$13,85; i) Base de Cálculo do ICMS-ST: R\$5.540,00 (=R\$13,85 x 400); j) Base de Cálculo do ICMS-ST reduzida: R\$3.959,44; k) ICMS-ST calculado pelo fisco: R\$349,29; l) ICMS apurado pela empresa: R\$141,17; m) DIFERENÇA ARITMÉTICA DE ICMS: R\$208,12 (=R\$349,29 – R\$141,17).

Arquivo E:/06_anexo_A1_periodo_2018_icms_st_antecipado_a_menor.pdf																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
1	de 2																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																								
SEFAZ/BA SAT/DATMetro/IFEP Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Antecipado a Menor																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
CONTRIBUINTE: DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA C CNPJ: 61.940.292/0055-20																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
Convênios / Protocolos Conv 76/94 Prot 16/85 Prot 18/85																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
<table border="1"> <thead> <tr> <th>Item</th> <th>Código Prod.</th> <th>Descrição Produto</th> <th>NCM</th> <th>Valor Produto</th> <th>Qtd</th> <th>IPI</th> <th>Desconto</th> <th>Outras Desp</th> <th>Lista</th> <th>% Ref Conv</th> <th>BC ICMS Prop</th> <th>BC ICMS Prop Red</th> <th>ICMS Propriedade</th> <th>MVA</th> <th>PMC</th> <th>Aliq Orig</th> <th>BC ST Calculada</th> <th>Perc Red</th> <th>BC ST Reduzida</th> <th>ICMS ST Calc</th> <th>CFOP</th> <th>Tipo Calc</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td colspan="2">Ano: 2018 Mês: FEVEREIRO</td></tr> <tr> <td>NFe : 140.209</td><td>Dt Lanç :06/02/2018</td><td>Aliquota Interna: 18</td><td>UF:ES</td><td>CNPJ: 02433631000120</td><td>Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda</td><td>Distribuidor: NÃO</td><td>CONV 76/94</td></tr> <tr> <td>1</td><td>0000003000137</td><td>ALCA/CHOFRA (CYNARA SCOLYM</td><td>30049099</td><td>1.136,50</td><td>120</td><td>0,00</td><td>0,00</td><td>0,00</td><td>NG</td><td>9,90</td><td>1.136,50</td><td>1.023,99</td><td>122,88</td><td>18,46</td><td>12</td><td>2.215,20</td><td>28,53</td><td>1.583,20</td><td>162,10</td><td>6401</td><td>PMC</td></tr> <tr> <td colspan="2">Diferença da NF: 140.209 (Devido - Antec)</td></tr> <tr> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td>162,10</td><td>-</td><td>136,83</td><td>=</td><td></td><td></td><td>25,27</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr> <td>NFe : 140.329</td><td>Dt Lanç :06/02/2018</td><td>Aliquota Interna: 18</td><td>UF:ES</td><td>CNPJ: 02433631000120</td><td>Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda</td><td>Distribuidor: NÃO</td><td>CONV 76/94</td></tr> <tr> <td>1</td><td>0000003000511</td><td>TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU</td><td>30049069</td><td>3.361,19</td><td>400</td><td>0,00</td><td>0,00</td><td>0,00</td><td>NG</td><td>9,90</td><td>3.361,19</td><td>3.028,43</td><td>363,41</td><td>13,85</td><td>12</td><td>5.540,00</td><td>28,53</td><td>3.959,44</td><td>349,29</td><td>6401</td><td>PMC</td></tr> <tr> <td colspan="2">Diferença da NF: 140.329 (Devido - Antec)</td></tr> <tr> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td>349,29</td><td>-</td><td>141,17</td><td>=</td><td></td><td></td><td>208,12</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr> <td>NFe : 140.330</td><td>Dt Lanç :06/02/2018</td><td>Aliquota Interna: 18</td><td>UF:ES</td><td>CNPJ: 02433631000120</td><td>Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda</td><td>Distribuidor: NÃO</td><td>CONV 76/94</td></tr> <tr> <td>1</td><td>0000003000511</td><td>TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU</td><td>30049069</td><td>3.361,19</td><td>400</td><td>0,00</td><td>0,00</td><td>0,00</td><td>NG</td><td>9,90</td><td>3.361,19</td><td>3.028,43</td><td>363,41</td><td>13,85</td><td>12</td><td>5.540,00</td><td>28,53</td><td>3.959,44</td><td>349,29</td><td>6401</td><td>PMC</td></tr> <tr> <td colspan="2">Diferença da NF: 140.330 (Devido - Antec)</td></tr> <tr> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td>349,29</td><td>-</td><td>141,17</td><td>=</td><td></td><td></td><td>208,12</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr> <td colspan="2">Subtotal do Devido no Mês</td></tr> <tr> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td>2 / 2018</td><td>(Devido - Antec)</td><td>860,67</td><td>-</td><td>419,17</td><td>=</td><td>441,50</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr> <td colspan="2">Ano: 2018 Mês: MARÇO</td></tr> <tr> <td>NFe : 141.884</td><td>Dt Lanç :08/03/2018</td><td>Aliquota Interna: 18</td><td>UF:ES</td><td>CNPJ: 02433631000120</td><td>Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda</td><td>Distribuidor: NÃO</td><td>CONV 76/94</td></tr> <tr> <td>1</td><td>0000003000511</td><td>TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU</td><td>30049069</td><td>4.201,49</td><td>500</td><td>0,00</td><td>0,00</td><td>0,00</td><td>NG</td><td>9,90</td><td>4.201,49</td><td>3.785,54</td><td>454,27</td><td>13,85</td><td>12</td><td>6.925,00</td><td>28,53</td><td>4.949,30</td><td>436,61</td><td>6401</td><td>PMC</td></tr> <tr> <td colspan="2">Diferença da NF: 141.884 (Devido - Antec)</td></tr> <tr> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td>436,61</td><td>-</td><td>176,46</td><td>=</td><td></td><td></td><td>260,15</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr> <td>NFe : 143.139</td><td>Dt Lanç :28/03/2018</td><td>Aliquota Interna: 18</td><td>UF:ES</td><td>CNPJ: 02433631000120</td><td>Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda</td><td>Distribuidor: NÃO</td><td>CONV 76/94</td></tr> <tr> <td>1</td><td>0000003000511</td><td>TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU</td><td>30049069</td><td>1.680,59</td><td>200</td><td>0,00</td><td>0,00</td><td>0,00</td><td>NG</td><td>9,90</td><td>1.680,59</td><td>1.514,21</td><td>181,71</td><td>13,85</td><td>12</td><td>2.270,00</td><td>28,53</td><td>1.979,72</td><td>174,64</td><td>6401</td><td>PMC</td></tr> <tr> <td colspan="2">Diferença da NF: 143.139 (Devido - Antec)</td></tr> <tr> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td>174,64</td><td>-</td><td>70,58</td><td>=</td><td></td><td></td><td>104,06</td><td></td><td></td><td></td></tr> <tr> <td colspan="2">Subtotal do Devido no Mês</td></tr> <tr> <td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td></td><td>3 / 2018</td><td>(Devido - Antec)</td><td>611,25</td><td>-</td><td>247,04</td><td>=</td><td>364,21</td><td></td><td></td><td></td></tr> </tbody> </table>	Item	Código Prod.	Descrição Produto	NCM	Valor Produto	Qtd	IPI	Desconto	Outras Desp	Lista	% Ref Conv	BC ICMS Prop	BC ICMS Prop Red	ICMS Propriedade	MVA	PMC	Aliq Orig	BC ST Calculada	Perc Red	BC ST Reduzida	ICMS ST Calc	CFOP	Tipo Calc	Ano: 2018 Mês: FEVEREIRO		NFe : 140.209	Dt Lanç :06/02/2018	Aliquota Interna: 18	UF:ES	CNPJ: 02433631000120	Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda	Distribuidor: NÃO	CONV 76/94	1	0000003000137	ALCA/CHOFRA (CYNARA SCOLYM	30049099	1.136,50	120	0,00	0,00	0,00	NG	9,90	1.136,50	1.023,99	122,88	18,46	12	2.215,20	28,53	1.583,20	162,10	6401	PMC	Diferença da NF: 140.209 (Devido - Antec)														162,10	-	136,83	=			25,27				NFe : 140.329	Dt Lanç :06/02/2018	Aliquota Interna: 18	UF:ES	CNPJ: 02433631000120	Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda	Distribuidor: NÃO	CONV 76/94	1	0000003000511	TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU	30049069	3.361,19	400	0,00	0,00	0,00	NG	9,90	3.361,19	3.028,43	363,41	13,85	12	5.540,00	28,53	3.959,44	349,29	6401	PMC	Diferença da NF: 140.329 (Devido - Antec)														349,29	-	141,17	=			208,12				NFe : 140.330	Dt Lanç :06/02/2018	Aliquota Interna: 18	UF:ES	CNPJ: 02433631000120	Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda	Distribuidor: NÃO	CONV 76/94	1	0000003000511	TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU	30049069	3.361,19	400	0,00	0,00	0,00	NG	9,90	3.361,19	3.028,43	363,41	13,85	12	5.540,00	28,53	3.959,44	349,29	6401	PMC	Diferença da NF: 140.330 (Devido - Antec)														349,29	-	141,17	=			208,12				Subtotal do Devido no Mês														2 / 2018	(Devido - Antec)	860,67	-	419,17	=	441,50				Ano: 2018 Mês: MARÇO		NFe : 141.884	Dt Lanç :08/03/2018	Aliquota Interna: 18	UF:ES	CNPJ: 02433631000120	Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda	Distribuidor: NÃO	CONV 76/94	1	0000003000511	TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU	30049069	4.201,49	500	0,00	0,00	0,00	NG	9,90	4.201,49	3.785,54	454,27	13,85	12	6.925,00	28,53	4.949,30	436,61	6401	PMC	Diferença da NF: 141.884 (Devido - Antec)														436,61	-	176,46	=			260,15				NFe : 143.139	Dt Lanç :28/03/2018	Aliquota Interna: 18	UF:ES	CNPJ: 02433631000120	Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda	Distribuidor: NÃO	CONV 76/94	1	0000003000511	TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU	30049069	1.680,59	200	0,00	0,00	0,00	NG	9,90	1.680,59	1.514,21	181,71	13,85	12	2.270,00	28,53	1.979,72	174,64	6401	PMC	Diferença da NF: 143.139 (Devido - Antec)														174,64	-	70,58	=			104,06				Subtotal do Devido no Mês														3 / 2018	(Devido - Antec)	611,25	-	247,04	=	364,21			
Item	Código Prod.	Descrição Produto	NCM	Valor Produto	Qtd	IPI	Desconto	Outras Desp	Lista	% Ref Conv	BC ICMS Prop	BC ICMS Prop Red	ICMS Propriedade	MVA	PMC	Aliq Orig	BC ST Calculada	Perc Red	BC ST Reduzida	ICMS ST Calc	CFOP	Tipo Calc																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																			
Ano: 2018 Mês: FEVEREIRO																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
NFe : 140.209	Dt Lanç :06/02/2018	Aliquota Interna: 18	UF:ES	CNPJ: 02433631000120	Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda	Distribuidor: NÃO	CONV 76/94																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																		
1	0000003000137	ALCA/CHOFRA (CYNARA SCOLYM	30049099	1.136,50	120	0,00	0,00	0,00	NG	9,90	1.136,50	1.023,99	122,88	18,46	12	2.215,20	28,53	1.583,20	162,10	6401	PMC																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																				
Diferença da NF: 140.209 (Devido - Antec)																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
												162,10	-	136,83	=			25,27																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																							
NFe : 140.329	Dt Lanç :06/02/2018	Aliquota Interna: 18	UF:ES	CNPJ: 02433631000120	Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda	Distribuidor: NÃO	CONV 76/94																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																		
1	0000003000511	TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU	30049069	3.361,19	400	0,00	0,00	0,00	NG	9,90	3.361,19	3.028,43	363,41	13,85	12	5.540,00	28,53	3.959,44	349,29	6401	PMC																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																				
Diferença da NF: 140.329 (Devido - Antec)																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
												349,29	-	141,17	=			208,12																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																							
NFe : 140.330	Dt Lanç :06/02/2018	Aliquota Interna: 18	UF:ES	CNPJ: 02433631000120	Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda	Distribuidor: NÃO	CONV 76/94																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																		
1	0000003000511	TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU	30049069	3.361,19	400	0,00	0,00	0,00	NG	9,90	3.361,19	3.028,43	363,41	13,85	12	5.540,00	28,53	3.959,44	349,29	6401	PMC																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																				
Diferença da NF: 140.330 (Devido - Antec)																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
												349,29	-	141,17	=			208,12																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																							
Subtotal do Devido no Mês																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
												2 / 2018	(Devido - Antec)	860,67	-	419,17	=	441,50																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																							
Ano: 2018 Mês: MARÇO																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
NFe : 141.884	Dt Lanç :08/03/2018	Aliquota Interna: 18	UF:ES	CNPJ: 02433631000120	Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda	Distribuidor: NÃO	CONV 76/94																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																		
1	0000003000511	TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU	30049069	4.201,49	500	0,00	0,00	0,00	NG	9,90	4.201,49	3.785,54	454,27	13,85	12	6.925,00	28,53	4.949,30	436,61	6401	PMC																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																				
Diferença da NF: 141.884 (Devido - Antec)																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
												436,61	-	176,46	=			260,15																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																							
NFe : 143.139	Dt Lanç :28/03/2018	Aliquota Interna: 18	UF:ES	CNPJ: 02433631000120	Remetente: Aspen Pharma Indústria Farmacêutica Ltda	Distribuidor: NÃO	CONV 76/94																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																		
1	0000003000511	TOFRANIL 25MG C/ 20 DRG (SU	30049069	1.680,59	200	0,00	0,00	0,00	NG	9,90	1.680,59	1.514,21	181,71	13,85	12	2.270,00	28,53	1.979,72	174,64	6401	PMC																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																				
Diferença da NF: 143.139 (Devido - Antec)																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
												174,64	-	70,58	=			104,06																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																							
Subtotal do Devido no Mês																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																									
												3 / 2018	(Devido - Antec)	611,25	-	247,04	=	364,21																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																							

A mesma metodologia de demonstração do cálculo das diferenças apuradas, foi detalhada pelos autuantes para cada Nota Fiscal e respectivos produtos nos Anexos A1 e A2, que apresentam a composição do débito da Infração 02.

Portanto, a nulidade suscitada pelo sujeito passivo, fundamentada nas alegações de falta de motivação do lançamento e cerceamento do direito de defesa, por ausência de Demonstração da forma como foi apurada a base de cálculo, não se sustentam, razão pela qual afasto essa preliminar.

Quanto ao mérito da Infração 02, inexiste nos autos evidências probatórias que infirmem os cálculos do ICMS-ST efetuados pelas autoridades fiscais, que foram baseadas nas Margens de Valor Agregado (MVA) ou PMV (Preço Máximo de Venda a Consumidor), dos produtos que compõem essa parte do lançamento.

Infração 02 mantida, sem alterações de valor.

Em razões subsidiárias, o contribuinte requer que seja declarada a abusividade, a desproporcionalidade e a irrazoabilidade da multa aplicada no Auto de Infração, no percentual de 60%, e a inaplicabilidade dos juros moratórios sobre o valor da multa. Pede que a penalidade pecuniária por descumprimento da obrigação principal seja reduzida.

A penalidade 60% do valor do imposto, lançada no Auto de Infração, corresponde à parcela do lançamento de ofício que decorre expressa disposição da legislação do ICMS – Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. II, letra “d”. Essa disposição normativa não pode ser afastada pelo órgão julgador, pois é vedado ao CONSEF decretar a constitucionalidade ou ilegalidade da norma posta no ordenamento jurídico tributário. Assim dispõe o art. 167, incisos II e III, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia). Essa questão somente poderá ser apreciada através do manejo, pelo contribuinte, de ações perante o Poder Judiciário. Dessa forma, o pedido de exclusão ou adequação das penalidades, não pode ser acolhido na seara administrativa. Ademais, a lei do ICMS do Estado da Bahia acima referenciada nos arts. 45 e 45-B, estabelece reduções das multas lançadas em Auto de Infração que variam entre 90% e 25%, em caso de pagamento.

Pertinente à parcela dos juros moratórios, nos termos do art. 51 da Lei 7.014/96, que alterou a redação do art. 102 do COTEB (Lei nº 3.956/81), os juros moratórios (acréscimos moratórios), serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento. Não são aplicados acréscimos moratórios sobre o valor das multas.

Isto posto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, ficando mantida tão somente a Infração 02.

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 281071.0008/20-0, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.347,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR