

A. I. N.^º - 279115.0007/17-4
AUTUADO - PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS S.A.
AUTUANTES - SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO, JORGE CALMON MONIZ DE BITTENCOURT FILHO e CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.03.2022

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0018-05/22-Vd

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.

Restou comprovado que os valores apurados e exigidos estão em conformidade com a legislação do imposto. Afastados os valores pertinentes a mercadorias devolvidas. Reduzido o débito. Infração procedente em parte. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.

Documentos juntados aos autos comprovam que o PMC aplicado na apuração do ICMS-ST eram os vigentes no período de apuração. Comprovado que foi considerado na apuração do imposto o porcentual de 28,53%, e que foram deduzidos os valores recolhidos. Infração procedente. Afastadas as nulidades suscitadas e indeferido o pedido de realização de diligência fiscal.

Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em apreço, lavrado em 04/12/17, exige ICMS no valor de R\$ 51.872,14, em razão das seguintes irregularidades:

1. 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 (2015/2016) - R\$ 32.150,46.
2. Efetuou 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 (2015/2016) - R\$ 19.721,68.

O autuado na defesa apresentada (fls. 39 a 510) inicialmente ressalta a tempestividade da defesa, que atua como Distribuidora de Medicamentos, comenta o teor das infrações, enquadramento (art. 8º, II e § 3º e art. 23 da Lei 7.014/96; art. 289 do RICMS/2012), responsabilizando pelo recolhimento do ICMS.

Preliminarmente, quanto às infrações 1 e 2, afirma que nos demonstrativos do ICMS ST “não se tem o detalhe individual do que realmente embasou a autuação, nem sequer explicação das infrações”, culminando em descrição incompreensível e genérica que inquia em nulidade por implicar em cerceamento do direito de defesa e do contraditório previsto na CF e art. 39 do RPAF/BA.

Elenca diversos equívocos cometidos pela fiscalização, que requer diligência fiscal para saneamento, culminando na improcedência do lançamento, a exemplo de notas fiscais (i) não recebidas pela empresa; (ii) de devolução; (iii) de transferências e (iv) erro na aplicação do PMC.

No mérito, com relação a infração 1, se não declarada nula, afirma que na tentativa de exercer o contraditório, parte do pressuposto de não ter lançado notas fiscais na EFD, diante da indicação no Anexo I, “*Demonstrativo de ICMS ST Não Antecipado*”, relativo a “*NFs Não Lançadas Nas EFDs do Ano Calendário e Ano Seguinte*”, o que não corresponde à realidade, visto que as notas fiscais relacionadas correspondem: a) produtos não recebidos pela empresa; b) devolução de vendas e c) notas fiscais de transferência, conforme planilha anexa (Doc. 02) devidamente escrituradas no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED).

Argumenta que não foram excluídas do cálculo as devoluções de mercadorias, a exemplo da NF 57535 da Takeda Distribuidora Ltda., emitida em 16/04/2015 com devolução pela de nº 1060, de 16/03/2016 e NF 106522, da Aspen Pharma, emitida em 11/12/2015, devolvida pela de nº 4415, emitida em 13/04/2016.

Ressalta que os documentos foram disponibilizados e requer realização de diligência para confirmar suas alegações, ou declaração de nulidade do lançamento, inclusive de NF devidamente escrituradas.

Exemplifica a NF 27 de 05/07/2016, devidamente recebida em 17/07/2016, e registrada no SPED e da mesma forma às NFs 4, 5, 6 e 7 da PROFARMA SERGIPE, de junho 2016, a NF 40, de agosto de 2016, NFs. 60, 61 e 62, de setembro de 2016, NFs 77, 78, 79, de outubro de 2016, NFs 93 e 94, de novembro de 2016, e NFs 107 e 108, de dezembro de 2016, todas escrituradas no SPED, conforme Doc. 04.

Diante dos erros comprometedores requer a improcedência da infração 1, quanto às “*NF's de produtos devolvidos, NF's de transferência de mercadorias, devidamente escrituradas, não consistindo, em nenhuma hipótese, em fato gerador do referido tributo, como pretendeu o autuante*”. Ou que seja realizada diligência fiscal para corrigir os equívocos da autuação.

Quanto a infração 2, afirma que os cálculos são imprecisos, tornando-se indispensável defluir outras informações complementares/suplementares para atingir a compreensão plena do lançamento.

Afirma que identificou diferença na aplicação do PMC utilizado para cada produto, sem indicação da procedência dos PMC's aplicados, por não ter sido entrega as tabelas de preços em meio magnético, relativas aos períodos fiscalizados, e a contribuinte também não conseguiu identificá-la.

Afirma que não se trata no caso de presunção legal com inversão do ônus da prova e pela falta de entrega das tabelas de preços deve ser declarada nula a infração, pela imprecisão, pelas falhas apontadas, vacuidade e nebulosidade e embasamento legal, o que implica em cerceamento do direito de defesa, por ter utilizado ao arredio da Lei, PMC inexistente ou equivocado.

Cita por amostragem, em 2015, a NF 56.275 (Takeda), com aplicação do PMC em 16/03/2015 de R\$ 194,25, sendo que o correto é R\$ 186,06; NF nº 56.381 (Takeda Distribuidora Ltda.), efetivada no sistema em 23/03/2015, com valor apurado de R\$ 100,94, quando o correto é R\$ 95,23 e os medicamentos da NF 56.600, de 24/03/2015 da mesma empresa.

Destaca que sendo detentor do regime especial de tributação, pode reduzir a base de cálculo da antecipação aplicando o porcentual de 28,53%, facultando calcular o imposto de forma simplificada, opcional (em substituição à RBC), mediante a aplicação do percentual de 16% sobre o valor da aquisição, observando-se que o valor a ser recolhido não deverá ser inferior a 3% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor (PMC da tabela ABC FARMA).

Diz que não existe vedação na escolha do critério de cálculo a ser aplicado, podendo utilizar qualquer um dos dois métodos, inclusive, em relação a cada nota fiscal de aquisição e operação.

Neste contexto, afirma que a fiscalização em relação à NF 316 da Pharma Distribuidora, de 03/08/2015, não aplicou a RBC de 28,53% a que se refere o Decreto 11.872/2009, o que gerou

distorções no valor devido, bem como outros equívocos na aplicação do PMC no exercício de 2016.

Diz que relativamente à NF 64271, de 04/03/2016, que foi apurada a BC pelo autuante utilizando PMC de R\$ 212,65, quando o correto é R\$ 194,25, tendo ocorrido o mesmo com a NF 64914, para o medicamento “Neosaldina 200 Drágeas” utilizando o PMC de R\$ 212,65, quando o correto é R\$ 194,25 e o “Neosaldina 30 Drágeas” que utilizou no cálculo o PMC de R\$ 24,48, quando o correto é R\$ 22,79.

Da mesma forma, na NF 65126 foi utilizado o PMC de R\$ 17,60, sendo que o correto é R\$ 15,52.

Afirma que todos os erros estão comprovados em planilha em formato Excel, que contém as diversas inconsistências detectadas dos valores apurados pela fiscalização, para a qual requer realização de Diligência por fiscal estranho ao feito.

Por fim, afirma que foi feito o cálculo do valor do imposto por item de mercadoria constante das notas fiscais de entrada, baseado na forma de apuração mais favorável ao contribuinte, conforme a opção dada pelo Termo de Acordo que celebrou com a SEFAZ/BA, que assegura o cálculo e recolhimento do ICMS por antecipação com base no artigo 3º-A do Dec. n° 7.799/00, utilizando o PMC vigente à época da infração e, na falta do PMC, a MVA prevista no Convênio ICMS 76/94.

No tocante à essa infração, afirma que obedeceu fielmente ao regramento contido no Dec. 11.872/2009, para determinar a base de cálculo prevista no regime especial de tributação e antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes.

Destaca que na falta do PMC, a empresa autuada aplicou a MVA prevista no Convênio ICMS 76/94, entretanto o fiscal utilizou PMC inexistente no período para as NF 6799, NF 6835, NF 6901, NF 7570, NF 7766, NF 7819, NF 7869, NF 8462, NF 8567, NF 8765, NF 9132 e NF 9179.

Reitera que diante dos equívocos apontados não foi apurada corretamente a base de cálculo, o que conduz a nulidade do lançamento ou baixa do processo em diligência para que se procedam as correções no levantamento fiscal, preferencialmente por fiscal estranho ao feito.

Requer a nulidade do lançamento, ou realização de diligência fiscal.

Os autuantes na informação fiscal (fls. 119 a 122) inicialmente descreve as infrações, apresenta uma síntese dos argumentos defensivos que passaram a contestar.

Preliminarmente, informam que se encontram acostados ao presente processo, às fls. 08 a 30, os demonstrativos de apuração do ICMS ST Não Antecipado e Antecipado a Menor, indicando de forma clara e exata, como a fiscalização chegou aos valores presentes no Auto de Infração, por meio de demonstrativos analíticos relacionando cada nota fiscal, produtos, alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada e reduzida e o ICMS-ST encontrado.

Afirmam que os demonstrativos apresentam as informações necessárias e de fácil compreensão dos cálculos utilizados, inexistindo a falta de clareza alegada pelo estabelecimento autuado.

No mérito, com relação a infração 1, reconhecem que a nota fiscal nº 57535 de 16/04/2015, e a de nº 106522, de 11/12/2015, correlacionam-se com as respectivas NFs de devolução nº 1060 de 16/03/2016 e nº 4415 de 13/04/2016, tendo sido retiradas do demonstrativo de débito para esta infração (fl. 123), bem como dos relatórios das fls. 124 a 126 e, na íntegra, no CD (fl. 127).

Quanto as notas fiscais de números 27 de 05/07/2016, 4, 5, 6 e 7, de junho/2016, a NF 40, de agosto/2016, NFs 60, 61, e 62 de setembro/2016 e NFs 107 e 108 de dezembro/2016, apesar de estarem devidamente escrituradas, todas estão sem o destaque do ICMS ST antecipado, o que motivou a sua inclusão no Auto de Infração, conforme demonstrativo do ICMS ST não Antecipado às fls. 09 a 19.

Observam que o Convênio 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre Estados, disposto

no Parágrafo 8º, I, do art. 8º da Lei nº 7.014/96, estabelece, em sua Cláusula Quinta, inciso II, que a substituição tributária não se aplica às transferências para outro estabelecimento, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

Ressaltam que nessa situação o texto legal deixa claro que a responsabilidade deixa de ser do remetente e recai sobre o destinatário, que irá efetuar a saída dos produtos para as demais empresas.

Juntou à fl. 123, demonstrativo de débito refeito relativo à infração 1, reduzindo o débito original de R\$ 32.150,46 para R\$ 31.464,97.

Com relação a infração 2, reiteram que os demonstrativos de apuração do ICMS ST Não Antecipado e Antecipado a Menor (fls. 21 a 30), indicam, de forma clara e exata, como a fiscalização chegou aos valores constantes do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva da falta de indicação da procedência dos PMC's aplicados na autuação, destacam que a base de cálculo utilizada para apurar o ICMS ST atende ao disposto no Caput da Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94: valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para a venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Afirmam que no caso, a tabela com os valores de PMC publicados na Revista ABC FARMA - Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico. Ou seja, os PMC's utilizados pela fiscalização foram os divulgados pela ABCFARMA para os períodos referentes às datas das Notas Fiscais, com base nas informações contidas no código de barras expresso na nota fiscal eletrônica e nos arquivos enviados pela ABCFARMA à Secretaria da Fazenda da Bahia com os preços publicados.

Dizem que apesar da defendant ter pleno acesso à Tabela ABCFarma, o que não justifica a alegação de não constar no Auto de Infração, “*inclusos a tabela no CD à fl. 127*”.

Informaram que a redução de 28,53% foi considerada quando da apuração dos valores de ICMS ST, inclusive para a NF 316 de 03/08/2015, questionada pela defendant. O valor da base de cálculo com a redução de 28,53% determinado no art. 1º, § 1º do Decreto 11.872/09 está na coluna BC ST Reduzida do demonstrativo. Na coluna anterior (Perc Red) está especificado o percentual de 28,53% e na coluna BC ST Calculada consta o valor da base de cálculo antes da redução.

E que na penúltima coluna do demonstrativo encontra-se o valor do ICMS ST Calculado e na última, intitulada Tipo Calc, a indicação da forma como foi calculado o ICMS ST devido, podendo ser observado que para vários produtos foi utilizado o percentual de 16% sobre o valor de aquisição, atendendo aos preceitos do § 2º do mesmo art. 1º.

Relacionamos na tabela à fl. 121/verso, os produtos citados pelo autuado com os dados extraídos da tabela ABCFarma (CD anexo), demonstrando que os PMC's que a fiscalização adotou para os produtos são os mesmos indicados para as respectivas datas de lançamento das NFs:

NF	DATA LANC.	CÓD. ABC FARMA	INÍCIO VIGÊNCIA	FIM VIGÊNCIA	MEDICAMENTO	APRESENTAÇÃO	LAB.	PMC
56275	16/03/2015	226706	06/02/2015	05/04/2015	NEOSALDINA	30+300+30mg displ 50bl x 4 drg	TAKEDA PHARMA	194,25
56381	23/03/2015	222193	06/02/2015	05/04/2015	NEOSALDINA	30+300+30mg display 100bl x 1drg	TAKEDA PHARMA	100,94
64271	04/03/2016	226706	15/02/2016	06/04/2016	NEOSALDINA	30+300+30mg displ 50bl x 4 drg	TAKEDA PHARMA	212,65
64914	11/03/2016	226706 237345	15/02/2016 15/02/2016	06/04/2016 06/04/2016	NEOSALDINA NEOSALDINA	30+300+30mg displ 50bl x 4 drg 30+300+30mg cx 30 drg	TAKEDA PHARMA TAKEDA PHARMA	212,65 24,48

65126	22/03/2016	238537	15/02/2016	06/04/2016	NEOSALDINA	50+300+30mg sol oral fr 15ml	TAKEDA PHARMA	17,60
-------	------------	--------	------------	------------	------------	------------------------------	---------------	-------

Por fim, entendem que estão devidamente caracterizados os elementos que ensejaram a ação fiscal e ratificam a autuação, requerendo o julgamento pela procedência em parte do Auto de Infração.

Cientificado da informação fiscal, o autuado manifestou-se (fls. 134 a 140) afirmando que a fiscalização não apreciou todas as provas apresentadas, limitando-se a excluir duas notas fiscais.

Com relação à infração 1, diante dos equívocos indicados, a exemplo de lançamento no ano seguinte, a fiscalização informou que “... *apesar de estarem devidamente escrituradas, todas estão sem o destaque do ICMS ST antecipado...*” o que motivou a exigência com base no Convênio ICMS 81/93. Afirma que a legislação citada não dá respaldo legal a pretensão do fisco, não possibilitando a compreensão da infração nos termos do art. 39 do RPAF/BA.

Alega que ao contrário do que foi afirmado, o ICMS-ST foi devidamente recolhido e declarado pela empresa autuada, conforme anexo o Doc. 2 (fls. 180 a 230), onde constam a declaração dos valores do ICMS-ST recolhidos nas linhas de “observações do Lançamento Fiscal” referente a NF.

Reitera a nulidade e pedido de realização de diligência fiscal.

Quanto a infração 2, argumenta que os autuantes não trouxeram nada de novo na informação fiscal alegando que os PMCs utilizados referem-se ao período vigente da tabela ABCFARMA anexada.

Reitera a preliminar de nulidade pela falta de indicação do PMC tendo em vista que só foi entregue a tabela em diligência fiscal.

Caso superada a nulidade, reitera que o regime especial de tributação prevê RBC em 28,53%, facultando a apuração simplificada, mediante a aplicação do percentual de 16%, sobre o valor da aquisição, observando que o valor a ser recolhido não deverá ser inferior a 3% do PMC.

Afirma que na situação presente o preço das mercadorias praticado foi indicado pelos fabricantes conforme NFe dos exercícios de 2015 e 2016, em que pese o Judiciário ter se manifestado pela ilegitimidade da tabela ABCFARMA, utilizou o PMC.

Reitera os argumentos com relação as NF 56.275, 56.381, 64271, 64914 (Takeda Distribuidora Ltda.) que na defesa indicou diferenças entre o PMC aplicado e o correto.

Afirma que com relação a NF 316 o autuante não aplicou a RBC de 28,53%. Além de outros equívocos relativos a diversas NFs para as quais não existe PMC e aplicou a MVA, conforme relação das NF 6799, NF 6835, NF 6901, NF 7570, NF 7766, NF 7819, NF 7869, NF 8462, NF 8567, NF 8765, NF 9132 e NF 9179 tudo conforme o doc. 03 (fls. 231 a 262). Diante dos equívocos apontados, requer a nulidade da autuação ou diligência por fiscal estranho ao feito, ou julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes na segunda informação fiscal (fls. 266 a 267) comentam a manifestação e passam a contestação, reiterando que o lançamento faz-se acompanhar de demonstrativos claros e de fácil compreensão dos cálculos.

Com relação a infração 1, atentam que a NFe 57535 foi excluída da autuação (fls. 123 a 126).

Que as NFs 27, 4, 5, 6 e 7, 40, 60, 61, 62, 107 e 108 devidamente escrituradas, reafirmam que não possui destaque do ICMS ST motivo pelo qual foram inclusas na autuação, tendo a empresa na defesa alegado tratar-se de operações de transferências com indicação de registro às fls. 106 a 113 todas sem destaque do ICMS retido e que diante da informação fiscal, o sujeito passivo mudou sua argumentação afirmando que declarou os valores do ICMS ST e recolheu conforme o doc. 3.

Afirmam que “esses documentos por si só não comprovam que a antecipação, tampouco o recolhimento do correspondente ICMS ST foi realmente efetuado” e diante da falta de comprovação mantém integralmente a posição externada na primeira informação fiscal.

Quanto a infração 2, reafirmam a posição externada na primeira informação fiscal.

Concluem requerendo o julgamento pela procedência em parte do Auto de Infração.

A 5ª JJF (fl. 270) deliberou pela realização de diligência fiscal no sentido de que: i) intimassem a empresa para apresentar os comprovantes de recolhimentos do ICMS-ST e respectivos demonstrativos; ii) efetassem a dedução dos valores comprovados e iii) verificassem se há correlação entre as notas fiscais relativas às infrações 1 e 2.

Um dos autuantes prestou a terceira informação fiscal (fls. 303/305) esclarecendo que o contribuinte atendeu a intimação (fl. 301) apresentando 24 planilhas relativas ao período de 01/2015 a 12/2016 e 40 arquivos contendo extratos de pagamentos, conforme tabela de fls. 303 e 304.

Em síntese, com relação aos documentos relacionados na tabela, afirmou que:

- i) NÃO IDENTIFICADOS: não constam no banco de dados da SEFAZ/BA, pois trata de recolhimentos feitos aos Estados de Sergipe e Pernambuco, sem correlação com a autuação;
- ii) Os pagamentos do ICMS Antecipação Tributária (Cod. 1145) referem-se a valores globais relativos aos períodos 5, 8, e 9/2015 e 1, 2, 4, 8, 9, 10 e 11/2016.

Conclui que o cotejo dos recolhimentos apresentados com o apurado mensalmente não permite afirmar que efetivamente tenha sido promovido o pagamento dos valores exigidos na infração 1.

Que ficam mantidos os demonstrativos originais, considerando os ajustes promovidos na informação fiscal de fls. 119 a 126, considerando a inexistência de provas ou fatos novos.

A patrona do autuado manifestou-se às fls. 310/317, inicialmente comenta o posicionamento do autuante que entende continuar desconsiderando os documentos apresentados, a exemplo do Registro C195 da EFD-ICMS/IPI que contém informação esclarecedora da apuração do ICMS-ST.

Discorre sobre o processo administrativo fiscal, que se baseia na verdade material e tem o direito fundamental de propriedade protegido (art. 112 do CTN), tendo o Estado uma estrutura complexa para dirimir conflitos e não pode negar que o imposto exigido foi recolhido, com base na documentação apresentada a exemplo das memórias de cálculos das NF 56.600, 56.694, 64690, 64914 com indicação dos recolhimentos efetuados respectivamente de R\$ 4.087,14, R\$ 7.720,46, R\$ 7.462,91 e R\$ 27.641,23 (fls. 313/316) que comprovam o recolhimento antecipado do ICMS-ST.

Requer que a infração seja julgada nula ou realização de nova diligência por fiscal estranho ao feito.

Com relação à infração 2, argumenta que nem sequer as falhas foram analisadas pela fiscalização.

O autuante presta nova informação fiscal (fls. 321 a 324), afirmando que a mera apresentação de comprovantes de recolhimentos efetuados de forma global não é suficiente para comprovar que os valores do ICMS-ST apurados pela fiscalização, específico por nota fiscal e item de mercadoria, tenham sido pagos, conforme diferenças apuradas nas infrações 1 e 2.

Diz que os valores apurados tiveram como base as notas fiscais escrituradas e os documentos gravados na mídia de fl. 301 não fazem prova do cumprimento regular das obrigações tributárias.

Com relação às NFs 56.600, 56.694, 64690, 64914 apresentam as planilhas por nota fiscal indicando o valor do ICMS-ST escriturado, o apurado pela fiscalização e a diferença exigida (fls. 322/324) para demonstrar que a empresa efetuou e recolheu a menor o ICMS-ST devido nas operações.

Conclui afirmando que não tendo a impugnante apresentado quaisquer elementos novos, o processo deve seguir a tramitação regular para julgamento.

Na sustentação oral a advogada representante do estabelecimento autuado argumentou que parte das operações se refere a transferência de mercadorias de estabelecimentos localizados em outros Estados e que não foi considerado o disposto no RE 598677/2021 em que o STF decidiu não haver incidência do ICMS sobre as operações de transferência de mercadorias.

Alegou também que decisões de STF manifestam entendimento de que não pode ser legislado por meio de Decretos as atribuições de responsabilidades como substitutos tributários.

VOTO

O presente Auto de Infração, acusa falta de recolhimento do ICMS-ST por antecipação (infração 1), e recolhimento a menor do ICMS-ST (infração 2).

Na defesa apresentada (fls. 39 a 510), em linha gerais a empresa:

- 1) Suscitou a nulidade das infrações 1 e 2, sob alegação de falta de clareza nos demonstrativos, implicando em cerceamento do direito de defesa e do contraditório;
- 2) Requeru a realização de diligência fiscal para sanear equívoco cometido pela fiscalização;

No mérito, com relação à infração 1, alegou que as notas fiscais relacionadas correspondem: a) produtos não recebidos; b) devolução de vendas e c) notas fiscais devidamente escrituradas.

Quanto à infração 2, alegou que a fiscalização:

- i) Aplicou PMC sem indicar sua procedência, que difere do que entendeu correto;
- ii) Não considerou o desconto de 28,53%, ou aplicação do percentual de 16%.

Quanto à nulidade suscitada, sob o argumento de que os demonstrativos acostados aos autos não esclarecem a infração imputada, faltando clareza e imprecisão, observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA. Conforme ressaltado pelos autuantes, os demonstrativos às fls. 09/30 relacionam as notas fiscais escrituradas na EFD do estabelecimento autuado, com identificação do tipo de medicamento, valor do produto, quantidades, valor do PMC ou MVA na apuração da base de cálculo, o valor devido e não recolhido (infração 1), e valor apurado e recolhido e diferença devida (infração 2). Logo, em se tratando de estabelecimento distribuidor de medicamentos, é compreensível a apuração das diferenças apuradas pela fiscalização, e não vislumbro inobservâncias formais que conduzem à sua nulidade, nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual, rejeito o pedido de nulidade formulado.

No que se refere ao pedido de realização de diligência fiscal, consoante o art. 147, II, “a” do RPAF/BA, fica indeferido, tendo em vista que já foi realizada por determinação da 5ª JJF (fl. 270), cujo resultado foi cientificado ao estabelecimento autuado, e os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação da convicção do julgador.

No mérito, com relação a infração 1, constato que os autuantes reconheceram que ocorreu a devolução das mercadorias consignadas nas notas fiscais de nº 57.535 e 106.522, pelas NFs nº 1.060 e 4.415, que foram excluídas no demonstrativo de débito de fl. 123.

Quanto às notas fiscais de números 27, 4, 5, 6 e 7, 40, 60, 61, 62, 107 e 108 que a empresa alegou terem sido escrituradas, a fiscalização contestou que todas estão sem o destaque do ICMS ST.

Constato que o sujeito passivo juntou às fls. 180 a 229, cópias dos arquivos da EFD em que constam a escrituração das notas fiscais, a exemplo da NF nº 4 (fl. 187), que indica como remetente das mercadorias empresa localizada no Estado de Sergipe, com tributação normal.

Em atendimento à diligência determinada pela 5ª JJF (fl. 270), os autuantes intimaram a empresa para apresentar os comprovantes de recolhimentos do ICMS-ST e respectivos demonstrativos, que fez juntada de documentos gravados no CD juntado à fl. 301, contendo 24 planilhas (2015 e 2016), e 40 arquivos contendo extratos de pagamentos. A fiscalização afirmou que não faz prova do pagamento do ICMS-ST exigido (fls. 303 e 304).

Constato que os comprovantes coletados no Sistema de Informações do Banco do Brasil/autoatendimento e juntados ao processo, indica comprovante de pagamento, a exemplo:

09.20.01 3309X03309 SEGUNDA VIA 0001 COMPROVANTE DE PAGAMENTO CLIENTE: PROFARMA DISTR PRODS FARM AGENCIA: 3309-X CONTA: 10.987-8. Convênio SEFAZ SE - GNRE ON-LINE Código de Barras 85890000000-0 22310315162-3 53010020166-4 22668120200-5 Data do pagamento 09/09/2016 Valor Total R\$ 22,31 DOCUMENTO: 090927 AUTENTICACAO SISBB: 4.20B.FBC.A32.37F.A9D.

Neste contexto, assiste razão à fiscalização, visto que os comprovantes juntados ao processo não fazem prova de que os valores apurados individualmente por notas fiscais constantes do demonstrativo elaborado pela fiscalização tenham sido pagos os ICMS devidos por antecipação.

Observo que o Convênio 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre Estados (art. 8º, I, §8º da Lei nº 7.014/96), estabelece, em sua Cláusula Quinta, inciso II:

Cláusula Quinta. A substituição tributária não se aplica:

...

II - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

Portanto, quanto às mercadorias recebidas de estabelecimento localizado em outro Estado, submetidas ao regime de substituição tributária, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST por antecipação é do estabelecimento autuado (art. 289 do RICMS/BA), que irá efetuar a saída dos produtos para as demais empresas.

Assim sendo, acato o demonstrativo de débito refeito pela fiscalização, juntado à fl. 123, ficando reduzido o débito da infração 1, de R\$32.150,46, para R\$31.464,97.

No que se refere à infração 2, o autuado contestou o PMC aplicado e não consideração do desconto de 28,53%, ou aplicação do percentual de 16%.

Com relação ao PMC, os autuantes inseriram a Tabela publicada na Revista ABCFarma (gravado na mídia de fl. 127), que foi fornecida ao estabelecimento autuado (fls. 129/132), tendo o sujeito passivo manifestado que só tomou conhecimento no processo, e deveria ser considerada nula a infração.

Tomando por exemplo o produto Neosaldina de 200 drágeas, com indicação do PMC de R\$ 186,06, na NF 56.275 (fl. 234), emitida em 02/03/2015, na citada Tabela (fl. 127) indica:

06-fev-15	05-abr-15	NEOSALDINA	30+300+30mg displ 50bl x 4 drg	NYCOMED PHARMA	R\$ 194,25000
-----------	-----------	------------	--------------------------------	----------------	---------------

Portanto, no período de 06/02/2015 a 05/04/2015, o PMC indicado pela fiscalização está correto, em conformidade com o disposto no Caput da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, e o mesmo ocorre com os demais produtos questionados na impugnação.

Quanto ao argumento de que a Tabela só foi juntada ao processo e deveria ser declarada nula a infração, observo que a Revista que a publica é de domínio público, podendo ser consultada a

qualquer momento no sitio da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, não ocorrendo qualquer cerceamento do direito de defesa. Fica rejeitada a nulidade suscitada.

No tocante à alegação de que não consideraram a redução de 28,53%, constato que conforme afirmado pela fiscalização, na apuração dos valores de ICMS ST foi considerado. Tomando por exemplo a NF 316, de 03/08/2015 (fl. 22), tendo sido aplicado o PMC de R\$ 7,48, resultou em base de cálculo de R\$ 9.424,80, e em seguida aplicada a redução e 28,53%, que resultou em BC reduzida de R\$ 6.735,90, em conformidade com o art. 1º, § 1º do Decreto 11.872/09, que consta no demonstrativo elaborado pela fiscalização. Na coluna anterior (Perc Red), está especificado o percentual de 28,53%, e na coluna BC ST Calculada consta o valor da base de cálculo antes da redução. Portanto, não procede a alegação.

Por fim, quanto à alegação de que os valores exigidos relativos as NF 56.600, 56.694, 64.690, 64.914 foram efetivamente recolhidos, observo que conforme demonstrativo de fl. 21, a exemplo da NF 56.600, a fiscalização apurou valor devido de R\$ 4.454,61, e a empresa recolheu valor de R\$ 4.087,14, que foi o valor apurado e indicado no demonstrativo da empresa à fl. 313. Essa diferença se deve a erro de indicação do PMC, a exemplo do produto Neosaldina 200 drágeas que a empresa calculou com valor de R\$ 186,06, quando o correto era R\$ 194,25. O mesmo ocorre com as demais NFs 56.275, 56.694, 64.690 e 64.914, que a empresa apresentou memórias de cálculos às fls. 313 a 316 na manifestação acerca do resultado da diligência fiscal realizada. Logo, restou comprovado que os valores recolhidos foram inferiores aos apurados corretamente pela fiscalização, e devida a diferença exigida.

Quanto ao argumento de que não há incidência nas operações sobre mercadorias recebidas em transferência, observo que a decisão do STF no RE 598677/2021, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 49), declarou a inconstitucionalidade dos artigos 11, § 3º, II, 12, I, no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”, e 13, § 4º da Lei Complementar 87/1996.

Na situação presente, o Art. 6º da LC 87/96, prevê que “Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário”, que não foi objeto de apreciação no citado RE, e a Lei Estadual 7.014/96 prevê no seu art. 8º, c/c o art. 23, as atribuições de responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, em operações antecedentes, concomitantes ou subsequentes. Portanto, a exigência fiscal tem amparo legal.

No que se refere ao argumento de que a substituição tributária não pode ser regulada por Decretos, observo que conforme acima apreciado, em conformidade com o art. 155, II da Constituição Federal, art. 6º da LC 87/1996, e art. 8º da Lei 7.014/1996, a regulamentação sobre a substituição tributária no Estado da Bahia foi instituída por Lei e não por decreto, inclusive na situação presente, relativo a operações com medicamentos, possui regras definidas no Convênio ICMS 76/94, com amparo na LC 24/1975. Assim sendo, concluo que improcede esta alegação.

Por tudo que foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com redução do débito da infração 1 de R\$ 32.150,46, para R\$ 31.464,97, e mantido integralmente o valor da infração 2 em R\$ 19.721,68.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279115.0007/17-4, lavrado contra PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A., devendo ser

intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 51.186,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2022.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR