

PROCESSO - A. I. N° 299130.0007/18-5
RECORRENTE - MEDFASP SERVIÇOS & COMÉRCIO EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0112-02/19
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C/JF N° 0299-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Em resposta a diligência através do Parecer ASTEC nº 32/2022, emitido pelo auditor Fiscal Alex Williams Monteiro de Britto, verificou-se que os arquivos do período de 01/01/2014 a 31/12/2016 foram enviados por e-mail, para análise e parecer. Constatou-se que estavam escrituradas todas as notas fiscais de saídas/vendas conforme trazido pelo autuante e as notas fiscais de entrada, com os devidos créditos de ICMS destacados. A apuração ocorreu conforme preceitua o regime da não cumulatividade, com os devidos débitos e créditos das operações. Decretada, de ofício, a redução da multa, desta infração, de 100% para 60%, devido a alteração proferida na legislação a partir de abril de 2012, de acordo com o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado nos autos que o fornecedor não é inscrito no cadastro do Estado como contribuinte substituto no Estado da Bahia, assim como não foi acostado prova do recolhimento do ICMS em favor do Estado da Bahia, mediante GNRE. Não logrou êxito a recorrente em provar que tenha cumulativamente cumprido com os requisitos. Não merece guarida, pois, a tese da recorrente, visto que a legislação que rege os fatos geradores lançados na presente autuação, qual seja 2014 a 2016, de fato sinalizam para aplicação do Preço Máximo e não da MVA, como quis fazer crer a recorrente. Devido à insistência, fora convertido em diligência para sanar tal questionamento sobre recolhimento de GNRE pelo fornecedor, o Auditor Fiscal afirma não ter encontrado nos sistemas da SEFAZ nenhum recolhimento para o Estado da Bahia da empresa DEPÓSITO GERAL DE SUPRIMENTOS HOSPITALARES LTDA. Conclui-se, através da resposta à diligência, que todos os DAE's pagos em nome da recorrente foram considerados para fins do cálculo da infração 02. Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 2ª JFJ Nº 0112-02/19 que julgou o Auto de Infração em epígrafe Procedente, sendo ali exigido crédito tributário no valor histórico de R\$ 2.360.204,23, acrescido da multa pela constatação das infrações a seguir descritas, objeto de presente recurso:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.02 – Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016. Valor exigido R\$ 1.000.433,17, acrescido de multa de 100% prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

O autuante complementa que: “Deixou de recolher ICMS em operações de saídas de produtos sujeitos à tributação.”

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I, § 6º do RICMS/2012.

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 exterior, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016. Valor exigido R\$ 1.064.974,66, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuante complementa que: “Conforme planilha de detalhamento do cálculo do débito em anexo.”

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II e § 3º, art. 23 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS/2012.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, com base nos seguintes argumentos:

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo o cometimento de cinco infrações, conforme relatado.

A autuada reconhece parcialmente as infrações 01 e 02, e integralmente as infrações 03, 04 e 05, portanto, acerca dessas três últimas não há lide e desde já as considero subsistentes.

A analisar os autos, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos analíticos e sintéticos do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos, estando, assim, de acordo com as exigências do Código Tributário Nacional.

Na análise do mérito, cabe inicialmente registrar que não constato nenhuma incoerência entre as acusações que resultaram no presente lançamento, arguida pela defesa.

A exação resultou dos exames através da aplicação de roteiros de fiscalização específicos, executados com base na Escrituração Fiscal Digital – EFD, transmitida pelo próprio contribuinte e nas Notas Fiscais Eletrônicas – NF-es constantes nos bancos de dados da SEFAZ.

Conforme relata o autuante, fato não contestado pela defesa, foi averiguado que o contribuinte realizou diversas operações de entradas e saídas de mercadorias, entretanto, apresentou os arquivos magnéticos da EFD, dos exercícios de 2014, 2015 e 2016, zerados, ou seja, sem informações, portanto considerados inconsistentes, haja vista não refletirem os fatos.

Mesmo intimada a retificar sua EFD em 04/10/2018, conforme documento à fl. 18, a autuada não atendeu à intimação, deixando transcorrer o prazo de 30 (trinta) dias estabelecido no art. 247, § 4º do RICMS/2012.

A infração 01 exige da autuada o ICMS que deixou de recolher em operações de saídas de produtos sujeitos à tributação, acusação não contestada pela defesa que se limitou a questionar o abatimento dos valores dos créditos fiscais a que diz ter direito, destacados nos documentos fiscais relativos as aquisições de mercadorias.

Para tanto, elaborou demonstrativo onde fez a apuração do ICMS no período autuado encontrando como devido o montante de R\$ 541.719,69, valor este que considera devido.

Por sua vez, o autuante não considera razoável acatar a apuração elaborada pelo contribuinte, após a autuação, sem que seja com base na Escrituração Fiscal Digital, que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, conforme previsto no art. 247 do RICMS/2012.

A Lei Complementar nº 87/96, prevê o seu art. 23, in verbis.

Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está

condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Parágrafo único. O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento.

O Regulamento do ICMS prevê no artigo 215, § 1º que a escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade, não podendo atrasar-se por mais de 5 (cinco) dias, ressalvados os livros a que forem atribuídos prazos especiais.

Destaco que em consulta ao Sistema EFDG – Gestão da Escrituração Fiscal Digital, até a presente data o contribuinte não providenciou a retificação da sua EFD, tendo identificado no Sistema de Pareceres Tributários – CPT o registro dos processos onde a autuada solicita autorização para proceder a retificação da sua EFD em outubro de 2018, conforme listagem.

Proc. SIPRO	Cadastro	Nº Parecer	Dt. Parecer	I.E./CNPJ	Razão Social / Nome Servidor	Situação
349277/201-3	05/10/2018	33.456/2.018	05/10/2018	53.534.028	MEDFASP SERVICOS & COMERCIO EIRELI	DEFERIDO
349283/201-5	05/10/2018	33.457/2.018	05/10/2018	53.534.028	MEDFASP SERVICOS & COMERCIO EIRELI	DEFERIDO
349321/201-7	05/10/2018	33.464/2.018	05/10/2018	53.534.028	MEDFASP SERVICOS & COMERCIO EIRELI	DEFERIDO
349325/201-2	05/10/2018	33.465/2.018	05/10/2018	53.534.028	MEDFASP SERVICOS & COMERCIO EIRELI	DEFERIDO
350072/201-3	08/10/2018	33.570/2.018	08/10/2018	53.534.028	MEDFASP SERVICOS & COMERCIO EIRELI	DEFERIDO
357504/201-0	19/10/2018	34.648/2.018	19/10/2018	53.534.028	MEDFASP SERVICOS & COMERCIO EIRELI	DEFERIDO

O mesmo RICMS/2012, determina que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade ou no mês subsequente em que se verificar o direito à utilização do crédito, consoante art. 314.

Para escriturar os créditos fora dos períodos de que cuida o art. 314, o contribuinte dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, assim estabelece o art. 315 do citado regulamento.

Assim sendo, não acato o argumento da defesa para considerar os créditos, reduzindo o valor exigido conforme calculado.

Para ter direito ao crédito fiscal a que diz ter direito, se tratando de escrituração extemporânea do crédito fiscal, o contribuinte deverá formalizar o pedido a autoridade fiscal conforme previsto no RICMS/2012 nos dispositivos supracitados.

Diante do exposto, julgo infração 01 é integralmente subsistente.

A infração 02 exige o imposto decorrente do recolhimento efetuado a menor por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior.

A autuada refez os cálculos onde considerou os argumentos expostos e concluiu como devido o valor de R\$ 316.829,95.

Alega que não foram excluídas notas fiscais emitidas com retenção do ICMS por substituição tributária, apresentando como exemplo as notas fiscais emitidas pelo contribuinte Depósito Geral de Suprimentos Hospitalares Ltda., sediado em Pernambuco, Estado signatário do Convênio ICMS 76/94, que obriga a retenção por parte do remetente. Portanto, entende ser devida a exclusão do levantamento os valores relativos a este contribuinte.

Constato em consultas ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas da Receita Federal do Brasil e no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, que a citada empresa não é inscrita no cadastro de contribuintes como substituto tributário, fato que responsabiliza o adquirente das mercadorias, no caso, a autuada, a proceder ao pagamento do ICMS devido por substituição tributária das mercadorias enquadradas no regime.

Assim determina o art. 6º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, a seguir reproduzido.

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito: (...)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Em outra linha de argumentação, a autuada diz que comercializa seus produtos na sua quase totalidade, para hospitais, clínicas e órgãos públicos, logo, entende ter direito ao tratamento previsto no art. 289, § 12, do

RICMS/2012, ou seja, reivindica o direito ao cálculo e recolhimento do ICMS-ST utilizando a MVA e não o PMC.

O citado dispositivo regulamentar, vigente no período da ocorrência dos fatos geradores alcançados pela infração, tinha a redação a seguir reproduzida.

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento. (...)

§ 12º. Nas operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuem, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, desde que autorizados pelo titular da Superintendência de Administração Tributária, deverá ser utilizada a MVA prevista no Anexo I para apuração da base de cálculo da antecipação tributária sendo que, em relação às vendas não destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se, como base de cálculo, o preço sugerido pelo fabricante ou importador.

Esta redação estava vigente até a publicação do Decreto nº 17.304, de 27/12/16 com efeitos a partir de 28/12/2016.

A autuada demonstra na defesa que o maior volume de vendas que realiza é destinado a hospitais, clínicas e órgãos públicos, por conseguinte faria jus ao que dispõe o citado dispositivo, sob uma condição: desde que autorizado pelo titular da Superintendência de Administração Tributária. Ou seja, para utilizar a MVA prevista no Anexo I para apuração da base de cálculo da antecipação tributária, teria o contribuinte obrigatoriamente de ser autorizado.

No caso, a autuada não tem a autorização da Superintendência da Administração Tributária para utilizar a MVA prevista no Anexo I para apuração da base de cálculo da antecipação tributária, logo, fato que verifiquei junto ao Sistema de Pareceres Tributários – CPT.

Ademais o autuante assegura que nos “demonstrativos de cálculo da ST recolhida a menor, anexados aos autos às fls. 196 a 233, nenhum só item foi cobrado pelo PMC em 28/12/16, ou após esta data.”

Resta concluir que não assiste razão ao argumento da autuada pretendendo a redução do débito.

Assim, julgo subsistente a infração 02.

Deverá os valores recolhidos pela autuada ser homologados pelo setor competente da SEFAZ, conforme tabela a seguir.

Receita		Val Principal	Val Total
1755	ICMS AUTO INFRACAO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC	14.904,00	16.587,79
1755	ICMS AUTO INFRACAO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC	74.168,99	82.261,06
1755	ICMS AUTO INFRACAO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC	56.701,49	62.443,36
1755	ICMS AUTO INFRACAO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC	11.213,09	15.226,72

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão de piso, o recorrente interpõe Recurso Voluntário a essa 2ª Câmara de Julgamento para que sejam apreciadas as seguintes razões de defesa:

Inicialmente registra que ficou comprovado pelo fisco, inclusive com imposição de penalidades nas infrações 4 e 5 que as Escriturações Fiscais Digitais da empresa foram entregues sem as informações exigidas e que a empresa também descumpriu intimação para entrega das referidas escriturações com as devidas retificações.

A alegação defensiva é no sentido de que, sendo o ICMS não cumulativo, não poderia ter sido cobrado o imposto destacado nos documentos fiscais emitidos, sem a consideração dos créditos pelas entradas, sob pena de desobediência ao princípio da não cumulatividade.

Contesta que, ainda que não tenha sido feita a escrituração fiscal, as notas fiscais de aquisição referentes a mercadorias para comercialização com saídas posteriores tributadas, estavam em poder do fisco (em arquivos XML), o que propiciaria a montagem da conta corrente fiscal e a cobrança do imposto efetivamente não recolhido.

A forma adotada pelo fisco resultou na cobrança de valor maior que o devido uma vez que somente foram considerados os débitos, sem as devidas compensações com os respectivos créditos.

Questiona a decisão de piso, afirmando que despreza os princípios básicos do processo administrativo fiscal tais como: busca da verdade material, o princípio da não cumulatividade, e o princípio do não enriquecimento ilícito do Estado.

Ora, sendo a EFD insuficiente, nela não se pode admitir a realização de exames. Seria possível sobre o descumprimento da obrigação tributária acessória a penalização, como, aliás, foi feita conforme infrações 3 e 4, devidamente acatadas.

Afirma que, em diversas etapas do processo, tentativas de transmissão da Escrituração Fiscal Digital – EFD retificadora não surtiram efeito porque o auditor fiscal manteve o bloqueio às autorizações para tal.

Registra que o presente Recurso não visa negar o cometimento de infrações, visando somente a apuração do valor efetivamente devido, para que possa ser feita a quitação, sem o excesso de cobrança que pode ser verificado.

Ainda em relação a esta infração, entende a recorrente equivocada a tipificação da multa lançada no Auto de Infração e ratificada pela 2ª JF.

É que o enquadramento foi feito no inciso III da Lei nº 7014/96, no percentual de 100%, e, analisando o dispositivo vemos que, nas alíneas “a” a “g” estão identificadas situações de “omissão de receitas” apuradas por quaisquer das ocorrências ali dispostas.

Sinaliza, contudo, que na infração em comento não há omissão de receitas, visto que as notas fiscais relativamente às operações realizadas foram emitidas e, sendo eletrônicas, informadas em “tempo real” ao fisco. Portanto, considera declarado. A irregularidade consiste na falta de apuração e de declaração do imposto devido mensalmente. E, a ocorrência de falta de recolhimento e de declaração, não pode ser confundida com omissão.

Entendem que, inexistindo no artigo 42 da Lei nº 7014/96, tipificação de multa para a infração em discussão, “falta de apuração e declaração do imposto devido mensalmente”, não cabe outro enquadramento senão no Inciso II, do mesmo artigo e Lei, na sua alínea “f”, com previsão de multa de 60%, até porque não fica caracterizada atitude dolosa.

Na infração 2, contesta que o relator não observou o Convênio ICMS 74/96 e que, por esse motivo, não verificou que há recolhimentos mediante GNRE pelo remetente.

Esclarece que a SEFAZ é guardiã, em seu banco de dados, das comprovações de recolhimento através de GNRE, documentos esses que não teve a guarda corretamente feita pela autuada, o que impede a apresentação. Assim, em busca da verdade, requer seja observado pelo órgão julgador os recolhimentos sinalizados.

Pontua que, conforme consta dos registros da SEFAZ, o referido fornecedor recolheu o imposto destacado nos documentos fiscais, conforme Relatório que vai anexado como DOCUMENTO 4, de 76 folhas, das quais foram impressos por amostragem.

Neste caso, havendo a retenção e o recolhimento por parte do fornecedor, fica afastada a responsabilidade solidária do adquirente, devendo serem excluídos do levantamento as notas fiscais relacionadas em planilhas que compõem o DOCUMENTO 5.

Outra questão levantada na defesa diz respeito à cobrança do ICMS por antecipação tributária com base no PMC e não na MVA, pelo autuante.

Um dos argumentos utilizados pelo julgador para descartar a análise do tema tem o seguinte fundamento: “Ademais o autuante assegura que nos “demonstrativos de cálculo da ST recolhida a menor, anexados aos autos às fls. 196 a 233, nenhum só item foi cobrado pelo PMC em 28/12/16, ou após esta data”. Esta afirmação não corresponde à realidade. Tivesse o Relator observado o demonstrativo teria identificado a cobrança sobre diversos itens utilizando o PMC como base de cálculo.

Na peça defensiva foi alegado que não deveria ser considerado o PMC e sim a MVA, com base no

disposto no Artigo 289, § 12º do RICMS/BA, o motivo encontrado pelo Relator para combatê-la foi a condição imposta na redação vigente no período: “desde que autorizado pelo titular da Superintendência de Administração Tributária”.

Ocorre que tal exigência foi retirada do dispositivo pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16. Tratava de condição que pode ser interpretada como mera obrigação acessória, visto que revogada posteriormente. Mantida a condição estaria criada uma distinção entre contribuintes, aumentando a carga tributária daqueles que, porventura, como a autuada, não realizou o procedimento. A revogação, embora saibamos não ter efeito retroativo, não pode ser tomada no presente caso, uma vez que a cobrança está sendo feita em período de vigência da nova redação do dispositivo, impossibilitando o autuado de regularização de sua situação fiscal referente a esta obrigação.

Pontua para erro no cálculo. Afirma que a diferença percentual entre o PMC e o Preço médio de compra se mostra, em quase todos os produtos, exagerada, fugindo da normalidade das transações comerciais. Há casos em que a variação entre o PMC e o PM de compra varia 2.566,67% o que empresta razão a nosso argumento, conforme planilha que compõe o Documento 6.

Para identificar o erro analisamos os demonstrativos apresentados pelo fisco concluindo que, as aquisições estão listadas nas notas fiscais em “unidades”, embora descritas como “caixas”, que os preços médios de aquisição se referem a “unidade” e que os PMCs são referentes às embalagens dos medicamentos, na sua forma de comercialização.

Tomam como exemplo o produto “Besilato de Anlodipino”, por ser um produto de grande conhecimento do público. Na Nota Fiscal nº 334.183 está registrado que o preço médio é de R\$ 0,8340 por comprimido. A embalagem conforme registro na ANVISA, acessado nesta data no seu site, conforme “identificação” é de 30 comprimidos por caixa. O PMC descrito no próprio documento fiscal é de R\$ 22,24, o que demonstra não poder ser o valor por comprimido. O conjunto faz parte do DOCUMENTO 7.

Tome-se como exemplo o produto “Ciclofemme”, adquirido a R\$ 22,12 e com PMC atribuído pelo fisco de R\$ 301,61. Na tabela da ANVISA vigente nesta data de consulta – 09/10/19, constam 3 tipos de embalagem: com 21, com 1050 e com 63 unidades. Observa-se que a de 1050 unidades é para uso hospitalar e nem tem preço médio a consumidor determinado. O adquirido é de 21 unidades, o que torna o PMC adotado pelo fisco irreal para o produto.

PRODUTO	APRESENTAÇÃO	Preço Fabrica sem impostos	PMC 17%
CICLOFEMME	0,15 MG + 0,03 MG DRG CT BL CALEND AL PLAS INC X 21	5,13	8,53
CICLOFEMME	0,15 MG + 0,03 MG DRG CT BL CALEND AL PLAS INC X 1050 (EMB HOSP)	241,11	0,00
CICLOFEMME	0,15 MG + 0,03 MG DRG CT BL CALEND AL PLAS INC X 63	15,42	25,69

Assim são com os demais produtos, sempre tomado o PMC exageradamente valorado, o que elevou significativamente o valor lançado no presente Auto de Infração.

É tão anormal o cálculo feito pelo autuante que, face às amostragens feitas, sentimo-nos impedidos de chegar a qualquer valor real utilizando PMC, que entendemos não ser cabível.

O Sr. Relator ainda constatou que valores recolhidos não foram abatidos pelo autuante, identificando-os e citando no Voto. Assim, no momento da cobrança devem ser abatidos os valores a seguir informados:

1755 ICMS AUTO INFRACAO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC	R\$ 14.904,00
1755 ICMS AUTO INFRACAO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC	R\$ 74.168,99
1755 ICMS AUTO INFRACAO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC	R\$ 56.701,49
1755 ICMS AUTO INFRACAO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC	R\$ 11.213,09

Diante do exposto aguarda a retificação dos valores das infrações 1 e 2, para que possam ser reconhecidos os valores efetiva e legalmente devidos.

Diante das alegações recursais, em obediência ao princípio da não cumulatividade e, com vistas a permitir uma correta apuração do ICMS efetivamente devido, em sessão de julgamento datada de 26/06/2020 o presente PAF foi convertido em diligência à INFAZ de Origem. Naquela oportunidade o contribuinte foi intimado a apresentar o arquivo retificador da sua EFD, dando-lhe o prazo de 30 dias.

Após a realização da diligência acima referida, o fiscal autuante ficou incumbido de examinar os novos lançamentos com base na conta corrente fiscal do contribuinte.

O fiscal autuante diz ser indispensável historiar os fatos e tecer considerações a respeito da lavratura do presente Auto de Infração. Relata que o contribuinte foi intimado por diversas vezes, sem mencionar que o contribuinte permaneceu omissos do envio da EFD por 36 meses. Recorda ainda que o contribuinte se comprometeu a regularizar suas pendências junto ao REFIS, contudo, iniciou o pagamento e abandonou o parcelamento. Menciona que o contribuinte é contumaz e devedor de mais de R\$ 6.021.322,04 em débitos fiscais.

Aduz o autuante que a abertura de prazo é o mesmo que o autuante assumir a responsabilidade pela queda das infrações 01, 04 e 05 do referido auto e por todas as demais alterações que o contribuinte aproveitar para realizar na sua EFD, podendo, inclusive, derrubar todo o auto.

Cita que o período fiscalizado englobou os exercícios de 2014, 2015 e 2016, portanto, como todos sabem, a decadência atinge o direito do contribuinte, da mesma forma que o do Estado, ou seja, o contribuinte dispõe de 5 anos e que, portanto, 2014 e 2015 são exercícios em que já se operou a decadência dos créditos.

Se recusa a aceitar a diligência proposta por entender que não existe previsão legal para o procedimento solicitado na diligência.

Em nova diligência, à fl. 684 e 685, em sessão de Pauta Suplementar do dia 09/09/2021, à ASTEC e GECIF, foi adotado os seguintes pontos:

- 1) A ASTEC deverá intimar e recepcionar o arquivo retificador da EFD do autuado, dando-lhe o prazo de 30 dias;
- 2) A ASTEC deverá analisar se a EFD do contribuinte reflete de forma fidedigna a apuração do ICMS, sendo observada as notas fiscais lançadas e objeto do presente Auto de Infração, assim como observado o crédito oriundo das notas fiscais de entrada, cujos xml's constam ativos junto ao sistema de nota fiscal eletrônica junto a SEFAZ.
- 3) A ASTEC deverá validar, portanto, o crédito apropriado e elaborar nova planilha com o ICMS devido para a infração 01.
- 4) Caso os arquivos apresentados pela recorrente estejam em consonância com as notas lançadas pelo autuante e com as notas de entrada ativas no sistema de nota fiscal eletrônica da SEFAZ no período autuado, requer seja solicitado junto a CEFIS a recepção definitiva do arquivo retificado.
- 5) Uma vez finalizado o procedimento acima, o processo deve ser encaminhado à Secretaria desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal para julgamento.

Após análise e demonstração do trabalho minucioso que fora elaborado pelo *i.* Auditor Fiscal Alex Williams Monteiro de Britto às fls. 693 a 698, confirma que recebeu via e-mail os arquivos da EFD do período solicitado e que estes não foram retificados através do SPED Fiscal. Apresenta *prints* de telas onde consta a EFD, na qual demonstra os créditos e débitos elaborados pelo recorrente. Conclui que foi realizado a inclusão dos créditos apropriados relativos às aquisições/entradas de mercadorias, onde originou uma redução da infração 01 de R\$ 1.000.433,17 para R\$ 541.703,02.

O sujeito passivo se manifesta, pós diligência, às fls. 710 a 712 frente e verso, onde contesta não mais sobre a Infração 01 e sim sobre a Infração 02. Alega que o recorrente adquiriu mercadorias

interessadas do CNPJ nº 06.224.321/0001-56 DEPOSITO GERAL DE SUPRIMENTOS HOSPITALARES LTDA, onde existe o Convênio ICMS 76/94 entre PE e BA e que as referidas notas fiscais continham o destaque do ICMS ST retido, que deveria ser recolhido pelo fornecedor anteriormente citado. Este recolhimento haveria de ser através de GNRE para cada nota fiscal. Porém, afirma o sujeito passivo que tais recolhimentos se deram através de DAE. Apresenta por amostragem diversos DAE's, os quais contemplam inúmeras notas fiscais.

Em conversão do presente PAF em nova diligência (à fl. 719) à INFAZ DE ORIGEM, no dia 09/09/2023, foi requerido os seguintes itens:

- 1) *Na planilha do demonstrativo "Medfasp - antecipação tributária (final)" consta o cálculo mês a mês, produto a produto, nota fiscal a nota fiscal e, ao final de cada mês, totalizados de "total do mês", "recolhido no mês" e "diferença apurada". No totalizador "recolhido no mês" foi levado em consideração alguma GNRE ou apenas antecipações pagas através de DAE pelo próprio sujeito passivo?*
- 2) *Não sendo considerado nenhuma GNRE, o autuante deverá efetuar o cruzamento entre o demonstrativo "Medfasp - antecipação tributária (final)" contra "Demonstrativo GNRE Medfast" (em anexo) para fazer possíveis liquidações de valores pagos via GNRE.*
- 3) *Caso se faça necessário, deverá solicitar ao Recorrente para efetuar a relação dos pagamentos entre os demonstrativos, dando prazo de 30 dias.*
- 4) *Uma vez finalizado o procedimento acima, o processo deve ser encaminhado à Secretaria desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal para julgamento.*

Em resposta à diligência, às fls. 723 e 724, pelo *i.* Auditor Fiscal Jorge Tadeu Costa dos Santos, adiciona que em pesquisa aos sistemas da SEFAZ não identificou nenhuma GNRE do referido fornecedor para o recorrente. Acrescenta que constam DAE's pagos e que todos foram considerados no cálculo da Infração 02.

Por não encontrar mais nenhum outro demonstrativo que corrobore com o que foi afirmado pelo sujeito passivo, o auditor fiscal intima o recorrente a fornecer planilhas em Excel e PDF com detalhe de pagamentos efetuados, contendo número de nota fiscal, base de cálculo, data do pagamento e o ICMS recolhido.

O sujeito passivo foi intimado para apresentação do referido demonstrativo à fl. 747, através de DTe, enviado em 11/01/2024, dando um prazo de 30 dias para manifestação. Passado esse prazo o recorrente não se manifestou.

Registrada a presença do representante Sr. Anselmo Leite Brum na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, "b" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, proferida pela 2ª JF - Acórdão JF nº 0112-02/19-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide.

A recorrente não traz questões de nulidade, pelo que avanço nas apreciações meritórias das referidas infrações.

O Auto de Infração é composto por cinco infrações, sendo objeto do presente recurso apenas as infrações 01 e 02.

No tocante à infração 01, a alegação defensiva é no sentido de que, sendo o ICMS não cumulativo, não poderia ter sido cobrado o imposto destacado nos documentos fiscais emitidos sem a consideração dos créditos pelas entradas, sob pena de desobediência ao princípio da não cumulatividade.

Pontua o recorrente que, ainda que não tenha sido feita a escrituração fiscal, as notas fiscais de aquisição referentes a mercadorias para comercialização com saídas posteriores tributadas

estavam em poder do fisco (em arquivos XML), o que propiciaria a montagem da conta corrente fiscal e a cobrança do imposto efetivamente não recolhido.

No presente caso, o fiscal autuante, mediante os documentos fiscais eletrônicos emitidos pela autuada, lavrou o presente Auto de Infração, exigindo o ICMS destacado nas referidas notas fiscais sem considerar, ainda que por arbitramento, os créditos fiscais da recorrente.

Por entender que tal roteiro de fiscalização fere o princípio da não cumulatividade do imposto, esta CJF converteu o PAF em diligência para a INFAZ DE ORIGEM em 26/06/2020, não obtendo o retorno por parte do autuante, conforme previa a diligência. Por entender que não foi cumprido as devidas exigências, fora convertido em nova diligência em 09/09/2021, à ASTEC e GECIF.

Desta vez, em resposta a diligência através do Parecer ASTEC nº 32/2022, emitido pelo auditor Fiscal Alex Williams Monteiro de Britto, verificou-se que os arquivos do período de 01/01/2014 a 31/12/2016 foram enviados por e-mail, para análise e parecer. Constatou-se que estavam escrituradas todas as notas fiscais de saídas/vendas conforme trazido pelo autuante e as notas fiscais de entrada, com os devidos créditos de ICMS destacados. A apuração ocorreu conforme preceitua o regime da não cumulatividade, com os devidos débitos e créditos das operações.

O parecer foi concluído com uma nova apuração do imposto devido, no montante de R\$ 541.703,02 ao contrário do valor lavrado de R\$ 1.000.433,17. Desta forma, embasado na análise detalhada da ASTEC sobre a diligência, acato o valor apurado de ICMS para cobrança de R\$ 541.703,02 mais multa, conforme o demonstrativo abaixo.

OCORRÊNCIA	VALOR LANÇADO	VALOR JULGADO
JAN/2014	25.651,93	7.831,40
FEV/2014	28.067,84	9.422,93
MAR/2014	33.018,20	26.449,59
ABR/2014	19.761,10	0,00
MAI/2014	35.618,23	12.526,45
JUN/2014	21.802,88	5.883,54
JUL/2014	46.918,54	25.457,88
AGO/2014	22.792,87	10.421,84
SET/2014	37.529,36	19.062,07
OUT/2014	26.475,35	12.571,98
NOV/2014	5.345,62	0,00
DEZ/2014	26.275,88	16.049,32
JAN/2015	23.616,65	8.955,77
FEV/2015	7.015,69	0,00
MAR/2015	24.433,47	5.079,64
ABR/2015	35.975,62	28.664,86
MAI/2015	27.416,93	17.725,34
JUN/2015	28.358,07	20.332,93
JUL/2015	41.108,28	24.954,07
AGO/2015	21.025,01	15.283,96
SET/2015	31.535,52	31.255,00
OUT/2015	21.004,16	13.531,68
NOV/2015	11.128,76	4.615,72
DEZ/2015	20.037,74	11.039,45
JAN/2016	17.320,37	13.858,85
FEV/2016	20.423,15	8.519,81
MAR/2016	41.968,44	17.094,48
ABR/2016	30.623,20	9.397,60
MAI/2016	55.507,82	38.242,21
JUN/2016	32.193,77	17.887,42
JUL/2016	48.003,73	35.884,65
AGO/2016	21.727,37	5.251,98
SET/2016	12.645,94	743,91
OUT/2016	30.907,28	22.981,28
NOV/2016	18.891,09	11.263,85

DEZ/2016	48.307,31	33.461,56
TOTAL	1.000.433,17	541.703,02

Decretada, de ofício, a redução da multa, desta infração, de 100% para 60%, devido a alteração proferida na legislação a partir de abril de 2012, de acordo com o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Em relação à infração 02, exige-se da ora recorrente o recolhimento de supostas diferenças na apuração do ICMS por antecipação, por se tratar de aquisição interestadual de medicamentos.

Explica o autuante que a recorrente adquiriu medicamentos junto a contribuinte não inscrito (Depósito Geral de Suprimentos Hospitalares Ltda.), devendo, pois, antecipar o ICMS devido com base no preço máximo sugerido pelo fabricante.

Menciona a recorrente que o fiscal autuante não observou o Convênio ICMS 74/96 e que não foi observado que há recolhimentos mediante GNRE pelo remetente. Aduz a recorrente que a presente cobrança foi indevidamente apurada com base no PMC e não na MVA, como entende ser como efetivamente devido.

Nesse ponto, se observado a disposição contida no § 12º do art. 289, hoje e à época dos fatos geradores temos:

§ 12. Nas operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuem, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser utilizada a MVA prevista no Anexo 1 para apuração da base de cálculo da antecipação tributária sendo que, em relação às vendas não destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se, como base de cálculo, o preço sugerido pelo fabricante ou importador.

Nota: A redação atual do § 12º do art. 289 foi dada pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 28/12/16.

Redação anterior dada ao § 12 tendo sido acrescentado ao art. 289 pela Alteração nº 1 (Decreto nº 13.870, de 02/04/12, DOE de 03/04/12), efeitos de 01/04/12 a 27/12/16:

“§ 12º. Nas operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuem, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, desde que autorizados pelo titular da Superintendência de Administração Tributária, deverá ser utilizada a MVA prevista no Anexo 1 para apuração da base de cálculo da antecipação tributária sendo que, em relação às vendas não destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se, como base de cálculo, o preço sugerido pelo fabricante ou importador.”

Ou seja, da análise temporal é possível concluir que para que o contribuinte aplicasse a MVA far-se-ia necessário que: 1) fosse autorizado pela Superintendência de Administração Tributária; 2) as vendas tenham sido preponderantemente para clínicas, hospitais ou órgãos públicos.

Verifico que, de fato, a recorrente realiza vendas para clínicas e hospitais, contudo, restou comprovado pelo julgador de piso que não consta qualquer Parecer autorizando a recorrente para aplicar a MVA no cálculo do ICMS- ST das mercadorias comercializadas.

Em Informação Fiscal, o autuante transcreve o disposto no Artigo 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/1996 e assim menciona:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto. (grifo nosso)

É exatamente nesta hipótese do inciso XV do Art. 6º da Lei acima transcrita que se enquadra o caso do fornecedor Depósito Geral de Suprimentos Hospitalares Ltda, CNPJ nº 06.224.321/0001-56. Ou seja, não possui cadastro de contribuinte substituto no Estado da Bahia, conforme pode ser constatado mediante consulta ao Sistema INC da SEFAZ.

Além disso, constatei que não existe nenhuma GNRE do citado fornecedor em favor do Estado da Bahia relativa a recolhimento de ICMS Substituição Tributária, em todo o período de 2014 a 2016. Fato que também pode ser provado mediante consulta à página da SEFAZ/BA na WEB, na guia Fiscalização, Conta Fiscal, Histórico, Contribuinte Não Inscrito.

Sendo assim, a afirmação da autuada de que: “o fornecedor cumpriu a obrigação lhe atribuída na condição de contribuinte substituto, encerrando a fase de tributação dos referidos produtos”, não é verdadeira, por isso mantenho integralmente o valor da infração de R\$ 1.064.974,66.

Restou, portanto, comprovado nos autos que o fornecedor não é inscrito no cadastro do Estado como contribuinte substituto no Estado da Bahia, assim como não foi acostado prova do recolhimento do ICMS em favor do Estado da Bahia, mediante GNRE.

Ademais, não logrou êxito a recorrente em provar que tenha cumulativamente cumprido com os requisitos acima mencionados. Não merece guarida, pois, a tese da recorrente, visto que a legislação que rege os fatos geradores lançados na presente autuação, qual seja 2014 a 2016, de fato sinalizam para aplicação do Preço Máximo e não da MVA, como quis fazer crer a recorrente.

Segue trecho extraído do voto de piso: “Ademais o autuante assegura que nos “demonstrativos de cálculo da ST recolhida a menor, anexados aos autos às fls. 196 a 233, nenhum só item foi cobrado pelo PMC em 28/12/16, ou após esta data”.

Insiste a recorrente que nos cálculos realizados constam erros, visto que a diferença percentual entre o PMC e o Preço médio de compra se mostra, em quase todos os produtos, exagerada, fugindo da normalidade das transações comerciais. Para identificar o erro, sinaliza a recorrente que as aquisições estão listadas nas notas fiscais em “unidades”, embora descritas como “caixas” e que os preços médios de aquisição se referem a “unidade”, sendo que os PMCs são referentes às embalagens dos medicamentos, na sua forma de comercialização.

Cita como exemplo o produto “Ciclofemme”, adquirido a R\$ 22,12 e com PMC atribuído pelo fisco de R\$ 301,61. Na tabela da ANVISA vigente nesta data de consulta – 09/10/19, constam 3 tipos de embalagem: com 21, com 1050 e com 63 unidades. Observa-se que a de 1050 unidades é para uso hospitalar e nem tem preço médio a consumidor determinado. O adquirido é de 21 unidades, o que torna o PMC adotado pelo fisco irreal para o produto.

Ocorre que, consultando a nota fiscal de entrada junto ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica é possível visualizar que o próprio fornecedor (fabricante) *CIFARMA CIENTISTA FARMACEUTICA LTDA*, traz informação do preço sugerido e, apesar da recorrente alegar que se refere a 1050 unidades, no corpo da nota faz referência a 21 unidades.

Ainda que tenha existido diligência para sanar tal questionamento sobre recolhimento de GNRE pelo fornecedor, o Auditor Fiscal afirma não ter encontrado nos sistemas da SEFAZ nenhum recolhimento para o Estado da Bahia da empresa DEPÓSITO GERAL DE SUPRIMENTOS HOSPITALARES LTDA. Intimou o recorrente para apresentar provas através de demonstrativos, concedendo um prazo de 30 dias, e o mesmo não se manifestou. Concluiu o auditor fiscal, através da resposta à diligência, que todos os DAE's pagos em nome da recorrente foram considerados para fins do cálculo da infração 02.

Quanto ao pedido de novo enquadramento da multa, no qual solicita redução de 100% para 60% (Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96), nego acolhimento da redução. Visto que a infração trata de falta de recolhimento de ICMS referente as operações de saídas não escrituradas. Neste caso, o acatamento através da diligência pela ASTEC, dos créditos destacados nas notas fiscais de entrada, se deu através de recebimento dos arquivos SPED, em formato.txt, enviado por e-mail ao auditor fiscal designado da ASTEC. Trazendo, em verdade, justiça fiscal ao recorrente por tratar-se de uma apuração de ICMS não cumulativa.

Quanto aos valores já recolhidos, estes serão devidamente homologados pelo setor competente da SEFAZ.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário, restando remanescente o montante de R\$1.901.474,08 (sendo subsistentes as infrações 2 a 5 e parcial subsistente a imputação 1), conforme quadro abaixo.

INF	RESULTADO	VL HISTÓRICO	VL JULGADO	MULTA
01	PROC. EM PARTE/P.PROVIDO	1.000.433,17	541.703,02	100%

02	PROCEDENTE/N.PROVIDO	1.064.974,66	1.064.974,66	60%
03	PROCEDENTE	112.130,87	112.130,87	-----
04	PROCEDENTE	132.985,53	132.985,53	-----
05	PROCEDENTE	49.680,00	49.680,00	-----
TOTAL		2.360.204,23	1.901.474,08	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299130.0007/18-5, lavrado contra **MEDFASP SERVIÇOS & COMÉRCIO EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.822.677,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/9, e dos acréscimos legais, além das multas no total de **R\$ 294.796,43**, sendo percentual no valor R\$ 112.130,87 e por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$ 182.665,56, previstas no incisos II, “d” e XIII-A, “L” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS