

SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº:	029/2024
PROCESSO Nº:	2020/6040/501592
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2020/000556
RECORRENTE:	FDA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA - ME
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.395.017-2
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CALCULO ABC FARMA. MERCADORIAS SUJEITAS A MARGEM DE VALOR AGREGADO CONFORME LEI 1.790/07. NULIDADE - É nula a reclamação tributária que utiliza margem de valor agregado indevida, caracterizando erro na determinação da infração.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário por meio do auto de infração nº 2020/000556, contra o sujeito passivo qualificado na peça inaugural, item 4.1 no valor de R\$ 2.460.012,01 referente o período de 01.09.2017 a 31.12.2017, valor de R\$ 8.488.994,86 referente o período de 01.01.2018 a 31.12.2018 e o valor de R\$ 8.852.401,23 referente o período de 01.01.2019 a 31.12.2019 por deixar de recolher o ICMS Substituição Tributária, referente às SAÍDAS de mercadorias sujeitas a este regime de tributação, com base no levantamento denominado "LEVANTAMENTOS DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" fls. 05/13, 25/49 e 52/76, destes, e documentos de fls. 14/24 e 77/89, dos autos.

A intimação do auto de infração não foi possível pela via direta, a dita intimação foi efetivada pela via postal, nos termos do artigo 22, inciso I, da Lei 1.288/, com a redação dada pela Lei 1.304/02 (fls. 92/93), tendo comparecido tempestivamente aos autos (fls. 94/113), solicitando que seja declarada a legalidade da conduta da empresa no cálculo do ICMS/ST das saídas de medicamentos, com



[Handwritten signature]

SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

aplicação de MVA de 100% para cálculo da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e seja declarado a improcedência do presente auto de infração, alegando:

- DA ILEGAL UTILIZAÇÃO DO VPMC COMO BASE DE CÁLCULO DAS SAÍDAS DE MEDICAMENTOS PARA SIGNATÁRIO DE TARE, NOS TERMOS DA LEI ESTADUAL 1.790/07;

Diz que embora em linhas gerais de interpretação e aplicação da legislação tributária o levantamento elaborado fosse adequado, no entanto, em se tratando da IMPUGNANTE, portadora do TARE 2.104/08, o mesmo se mostra absurdamente equivocado, desproporcional e legal, uma vez que *"a Lei Estadual 1.790/07, foi criada e sancionada com a finalidade de regulamentar, além de outras questões, a Margem de Valor Agregado para o cálculo do ICMS/ST das mercadorias estabelecidas no Convênio ICMS 76/94, ou seja, medicamentos"*.

Aduz que a possibilidade legal para a utilização de Margem de Valor Agregado no cálculo do ICMS/ST dos medicamentos ficou assim estatuída no Parágrafo 1º, da Cláusula Segunda do referido Convênio.

- DA NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS EM OPERAÇÕES TRIBUTADAS NO AUTO DE INFRAÇÃO

Afirma que foram inseridas nos levantamentos fiscais, operações não sujeitas à incidência do ICMS/ST, tais como, operações não tributadas, operações de devolução de vendas, situações essas que são aproveitadas como crédito de ICMS/ST, por se caracterizar desfazimento da operação de venda.

Diz ainda, *"Impugna-se expressamente as operações discriminadas a seguir por ausência e adequação ao conceito jurídico de FATO GERADOR", conforme as planilhas 01, 02 e 03 da mídia anexa"*.

Finalizando, requer:

- que seja declarada a legalidade da conduta da empresa no cálculo do ICMS/ST das saídas de medicamentos, com aplicação de MVA de 100% para cálculo da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e o auto de infração declarado IMPROCEDENTE.

- de igual modo, sejam considerados os anexos da mídia eletrônica juntada com a impugnação com a finalidade de exclusão daquelas operações do levantamento fiscal por todas as razões legais relacionadas.



SECRETARIA DA
FAZENDA**TOCANTINS**
GOVERNO DO ESTADOCONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

– seja admitida todas as formas de produção de provas admitidas em direito.

Vindo os autos ao julgamento monocrático, o julgador monocrático que nos antecedeu, os converteu em diligência (fls. 115), solicitando que o autuante ou seu substituto legal designado se manifestasse sobre as alegações da defesa e se entendesse pertinente, lavrasse Termo de Aditamento.

Por sua vez, o autuante, ao comparecer ao processo (fls. 18), disse que devido o envelope de fls. 24, dos autos, não ter sinais de abertura, entende que o julgador, ao fazer a solicitação retro, não analisou a mídia eletrônica ali contida, na qual consta a íntegra de todos os levantamentos fiscais, visando facilitar a análise dos cálculos.

Sugere ao julgador que "faça uma pré-análise do seu conteúdo, a fim de tomar conhecimento da integralidade de todo o procedimento de auditoria, a qual foi executada nos termos das disposições contidas no artigo 49, IX, da Lei 1.287/01, conforme detalhadamente explicado na NOTA DE ESCLARECIMENTO, de páginas, 16 e 23, a qual instrui e contém todas as informações necessárias ao entendimento do lançamento do crédito tributário, cujos elementos foram obtidos com base nas informações prestadas mensalmente em meio magnético pelo contribuinte, através das respectivas Notas Fiscais Eletrônicas – Nfe".

Concluindo, diz que "ao analisar os argumentos vertidos com a impugnação, mediante os fatos narrados no auto de infração, as provas juntadas e a legislação aplicável, certamente, Vossa Senhoria extrairá a compreensão necessária e suficiente à formação de seu convencimento".

O Julgador de primeira instância entende que "a autuada não cumpriu a legislação acima citada, nem o TARE nº 3.125/18, celebrado por ela com SEFAZ/TO, onde é patente sua obrigação (como substituto tributário) de efetuar tal recolhimento sobre as mercadorias constantes dos DANFES relacionados no levantamento que deu suporte à autuação".

O sujeito passivo em sua impugnação de fls. 94/113, destes, não produziu as provas necessárias para contraditar a ocorrência do fato gerador previsto na legislação retro citada.

Os históricos do presente Auto de Infração descrevem cristalinamente os ilícitos alcançados pela presente ação fiscal, incluindo os respectivos períodos de sua ocorrência.



SECRETARIA DA
FAZENDA**TOCANTINS**
GOVERNO DO ESTADOCONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O levantamento de fls. 05/13, 25/49 e 52/76, destes, indica pormenorizadamente sobre quais documentos fiscais o representante do Fisco está imputando o descumprimento da obrigação tributária. Com esses elementos, foi proporcionado à autuada os meios necessários à produção de sua defesa.

As respectivas NOTAS DE ESCLARECIMENTOS (fls. 16/23 e 78/86), indicam com clareza os critérios adotados pelo autuante no estabelecimento das bases de cálculos e a utilização da MVA aplicável ao caso "in concreto" e não foram combatidas adequadamente pelo ilustre patrono da defesa.

Outrossim, ao Auditor Fiscal da Receita Estadual, no exercício de suas atividades de fiscalização, cabe verificar se o contribuinte cumpriu o que é determinado na legislação tributária e, ao identificar a ocorrência de algum ilícito, lhe compete aplicar as sanções devidas.

Assim, entendo que o trabalho realizado pelo autuante está correto e deve prevalecer sem reparos.

Concluindo, os autos estão aptos para serem julgados, suficientes para demonstrar a materialidade do ilícito denunciado na inicial e para dar sustentação à acusação.

Diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, negou-lhe provimento, para julgar por sentença PROCEDENTE o auto de infração nº 2020/000556 e CONDENAR o sujeito passivo deste Contencioso ao pagamento do crédito tributário exigido na inicial, acrescido das cominações legais, da forma abaixo discriminado:

Campo 4.11 - **Valor Procedente:** R\$ 2.460.012,01 (dois milhões, quatrocentos e sessenta mil, doze reais e um centavo), acrescidos das cominações legais;

Campo 5.11 - **Valor Procedente:** R\$ 8.488.994,86 (oito milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil, novecentos e noventa e quatro reais e oitenta e seis centavos), acrescidos das cominações legais;

Campo 6.11 - **Valor Procedente:** R\$ 8.852.401,23 (oito milhões, oitocentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e um reais e vinte e três centavos), acrescidos das cominações legais;



SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Intimado o contribuinte em 28 de setembro de 2021, apresentou recurso voluntário em 25.10.2021 com as mesmas alegações feitas em fase impugnatória.

A Representação fazendária, após análise do recurso e provas apresentadas, recomenda a confirmação da sentença de primeira instância.

É o relatório.

VOTO

Visto analisado e discutido, o presente processo formalizado por meio do auto de Infração nº 2020/000556, contra o sujeito passivo qualificado na peça inaugural, item 4.1 no valor de R\$ 2.460.012,01 referente o período de 01.09.2017 a 31.12.2017, valor de R\$ 8.488.994,86 referente o período de 01.01.2018 a 31.12.2018 e o valor de R\$ 8.852.401,23 referente o período de 01.01.2019 a 31.12.2019 por deixar de recolher o ICMS Substituição Tributária, referente às SAÍDAS de mercadorias sujeitas a este regime de tributação, com base no levantamento denominado "LEVANTAMENTOS DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA" fls. 05/13, 25/49 e 52/76, destes, e documentos de fls. 14/24 e 77/89, dos autos.

O julgador de primeira instância entendeu que o trabalho realizado pelo autuante está correto e deve prevalecer sem reparos e que diante do exposto, conheceu da impugnação apresentada, negou-lhe provimento, para julgar por sentença PROCEDENTE o auto de infração nº 2020/000556 e CONDENAR o sujeito passivo deste Contencioso ao pagamento do crédito tributário exigido na inicial, acrescido das cominações legais.

O sujeito passivo é notificado da sentença, apresentado recurso voluntário, em síntese, com as seguintes arguições: que seja declarada a legalidade da conduta da empresa no cálculo do ICMS/ST das saídas de medicamentos, com aplicação de MVA de 100% para cálculo da SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e seja declarado a improcedência do presente auto de infração.

Para melhor análise, entendo necessário se pontuar alguns fatos deste processo.



[Handwritten signature]

SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

O autor do lançamento elabora levantamento para constatar omissão de recolhimento ICMS/ST de medicamentos aplicando como base de cálculo a TABELA ABCFARMA utilizado para medicamento de referência.

A atividade principal do sujeito passivo é o comércio atacadista de medicamentos, possuidor de um termo de acordo - TARE 2.104/08, que alega que seus medicamentos são da categoria genérico e similar.

Entendo que o ponto fundamental é a constatação da especificidade do medicamento. A imputação de uma cobrança de imposto está intrinsicamente ligada à especificidade do lançamento com a clareza e detalhamento na descrição da infração cometida. É importante para que o contribuinte autuado compreenda completamente os motivos da autuação e possa apresentar uma defesa adequada.

A infração deve ser descrita de forma detalhada, indicando os fatos específicos que levaram à autuação. Quanto mais preciso for o relato, mais fácil será para o contribuinte entender as razões da autuação.

A necessária fundamentação legal Específica que respalda a autuação e citar o dispositivo legal específico que foi violado.

O auto de infração deve explicitar as consequências legais da autuação, como as multas e demais penalidades aplicadas. Essas informações são cruciais para que o contribuinte compreenda a extensão das consequências da infração.

A busca por especificidade visa garantir a transparência, a justiça tributária e o direito à ampla defesa do contribuinte.

Considerando a enorme quantidade de itens que se apresenta no levantamento, foi atraída uma amostragem do início, meio e fim para constatação ou não das alegações da recorrente.

Para identificação dos medicamentos foi utilizado o GTINS (GTIN (Global Trade Item Number) é um identificador global utilizado para identificar produtos de forma única em nível internacional. No contexto de medicamentos, o GTIN é frequentemente associado ao código de barras encontrado nas embalagens dos



SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

produtos. Ele é utilizado para facilitar a gestão e rastreabilidade de produtos ao longo da cadeia de suprimentos) e ou CEST (O CEST, ou Código Especificador da Substituição Tributária, é um código numérico estabelecido pelo Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) no Brasil. Ele é utilizado para identificar produtos sujeitos à substituição tributária nas operações interestaduais e intermunicipais).

LEI Nº 1.790, DE 15 DE MAIO DE 2007. CONCEDE INCENTIVO FISCAL AO CONTRIBUINTE COM ATIVIDADE ECONÔMICA NO COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E HOSPITALARES.

Art. 2º A base de cálculo para os fins de substituição tributária é: (Redação dada pela Lei nº 3.005 de 22.09.15).

I – formada pela soma do preço praticado pelo remetente, acrescido dos encargos transferíveis ou cobrados do destinatário e da parcela resultante da aplicação sobre o montante da margem de lucro de 100% para medicamento genérico ou similar. (Redação dada pela Lei nº 3.005 de 22.09.15).

Da verificação feita, constatou-se que são medicamentos genéricos e similares, em sua grande maioria.

A Lei Estadual 1.790/07 foi criada e sancionada com a finalidade de regulamentar, além de outras questões, a Margem de Valor Agregado para o cálculo do ICMS/ST das mercadorias estabelecidas no Convênio ICMS 76/94, ou seja, medicamentos. O art. 2º, inciso I da lei 1.790/07 estabeleceu a margem do valor agregado para medicamentos genérico ou similar.

Entendo que a legislação tributária é específica e não pode ser aplicada de forma genérica para respeitar princípios do direito, tais como a legalidade, moralidade, transparência e especificidade. Desta forma, meu voto é para acatar a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração, prevista no artigo 28, inciso IV, da Lei 1.288/01, arguida pela Recorrente, para julgar nulo o auto de infração 2020/000556, sem análise de mérito.

É como voto.



SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO

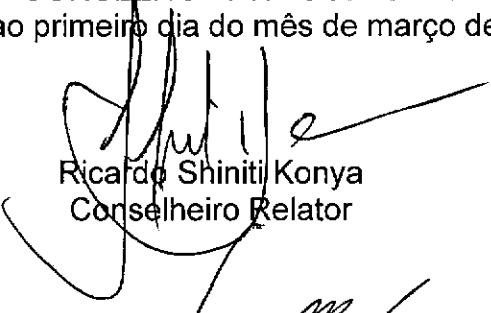


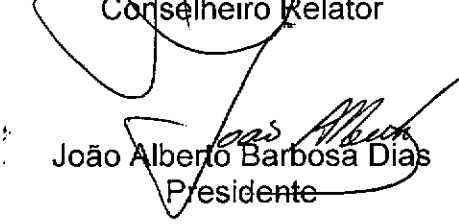
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, acatar a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração, prevista no artigo 28, inciso IV, da Lei 1.288/01, arguida pela Recorrente, para julgar nulo o auto de infração 2020/000556, sem análise de mérito. O advogado Daniel Almeida Vaz e o Representante Fazendário Hélder Francisco dos Santos fizeram sustentação oral pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Osmar Defante, Taumaturgo José Rufino Neto e Edson José Ferraz. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e quatro dias do mês de novembro de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS
FISCAIS, em Palmas, TO, ao primeiro dia do mês de março de 2024.


Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

