

A. I. Nº - 206828.0003/02-1
AUTUADO - CAMPOS SOUZA DISTR. PROD. FARMACÊUTICOS E HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0452-02/02

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Ficou comprovada a falta de recolhimento do tributo por antecipação, conforme previsto na legislação. Imputação não elidida. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE USO OU CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando os bens são destinados ao uso ou consumo do estabelecimento. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVO MAGNÉTICO. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados em arquivos magnéticos. Corrigidos os erros do levantamento mediante revisão efetuada pelo autuante. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/07/2002, refere-se a exigência de R\$868.733,25 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA, período de 11/1997 a 12/2001. Diferença resultante de erro na determinação da base de cálculo correspondente a medicamentos e materiais correlatos procedentes de outros Estados não signatários do Convênio 76/94, por não haver adotado o preço máximo de venda a consumidor.
2. Entradas não registradas de mercadorias e pagamentos de bens destinados ao uso e consumo, também não registrados, caracterizando presunção legal de omissão de saídas de mercadorias não identificadas equivalente ao valor da receita omitida, no período de 11/1999 a 01/2002.

3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA, período de 10/1999 a 01/2002.
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, no período de 12/1998 a 12/2000.
5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA, período de 11/1997 a 11/2000.
6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, no período de 03/1999 a 01/2002.
7. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA, nos meses de março, abril e novembro de 1999; dezembro de 2000; janeiro, outubro e novembro de 2001; janeiro de 2002.
8. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias diversas e de pagamentos não registrados, conforme notas fiscais obtidas do CFAMT, no período de 01/1997 a 11/2001.
9. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA, conforme via de notas fiscais obtidas do CFAMT nos meses de junho, julho, agosto e outubro de 1999.
10. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao consumo do estabelecimento, consoante notas fiscais obtidas do CFAMT, nos meses de janeiro e julho de 1998; maio de 1999; abril e setembro de 2000; agosto de 2001.
11. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária com omissão de operações, tendo em vista que o contribuinte deixou de consignar várias notas fiscais, sendo aplicada a multa correspondente, no período de outubro de 2000 a janeiro de 2002.

O autuado alega em sua defesa que, dentre as infrações arroladas, algumas foram cometidas; outras, embora tenham sido cometidas, houve equívoco do autuante no cálculo do tributo devido; em alguns casos, o autuante exigiu imposto em duplicidade, algumas infrações não foram cometidas; e foram constatados erros no conteúdo de vários levantamentos, tornando-se necessário fazer correções. Assim, o autuado apresentou as razões defensivas quanto às infrações não reconhecidas, conforme a seguir:

Infração 01 – Ressaltou que segundo o autuante, a infração foi apurada em decorrência da substituição tributária ter sido efetuada a menos, face à inobservância dos preços máximos de venda a consumidor sugeridos pelo fabricante. Citou o art. 21 da Lei Federal 8.884/94, argumentando que existe ilegalidade da norma regulamentar do ICMS, não podendo o preço fixado por fabricante ser utilizado para fins de apuração do tributo. Comentou sobre o art. 61 do RICMS, entendendo que o dispositivo regulamentar poderia suscitar várias questões relativas à sua interpretação e que a mais sensata seria aquela trazida pela lei formal, que é superior ao próprio Regulamento. Transcreveu o art. 8º da Lei Complementar 87/96, §§ 2º e 3º da Lei nº 7.014/96, afirmando que em momento algum foi provado que os preços relativos à venda a consumidor final são realmente aqueles sugeridos pelo fabricante. Alegou ainda, que, da retenção do ICMS efetuada

pela indústria, estão desoneradas todas as vendas futuras, citando o art. 355, além do § 4º do art. 352, do RICMS-BA. Disse que no caso de distribuidor que deu saída de mercadoria para um hospital, não se pode considerar o hospital como contribuinte do ICMS, uma vez que o hospital não vende mercadoria, ao contrário, presta serviço, o mesmo se aplicaria quando o medicamento fosse vendido para uma clínica ou pronto socorro, que não praticam fato gerador do ICMS. O defendente afirmou que geralmente foi isso que ocorreu, tendo em vista que a maior parte do movimento comercial do autuado é voltada para os citados entes públicos, que não praticam venda de mercadoria e por isso, entende que não há que se falar em ICMS. Disse que caso o CONSEF não acolha a tese da improcedência da infração, fica requerida diligência fiscal para se apurar com precisão o movimento comercial do autuado junto a entes públicos, hospitais, clínicas e demais entes não contribuintes do ICMS, encontrando-se a proporção das efetivas vendas a farmácias, entes contribuintes do ICMS.

Infrações 02 e 03 – Alegou que existe falibilidade do meio de prova utilizado pelo autuante. Disse que houve apreensão de um computador pela fiscalização sendo extraída cópia autenticada do disco rígido, mas entende que tal prova não oferece qualquer segurança, porque não há garantia de que a cópia criptografada fora feita com o HD no estado em que saiu da empresa. Disse que o mencionado HD, após a sua apreensão passou por diversas pessoas ao longo de alguns dias, a exemplo de oficiais de justiça, auditores do fisco, técnicos em informática da SEFAZ, e não há para o autuado qualquer garantia de que a cópia autenticada fora feita com base no HD com o conteúdo existente quando de sua saída da empresa, nem mesmo se trata de uma cópia autêntica. Disse ainda, que confrontando os dados existentes no HD da empresa, já devolvido, com os relatórios dele extraídos, foi constatado que várias informações estão em desconformidade, por isso, o autuado entende que existem diversas possibilidades de adulteração de informações, acreditando que involuntariamente, por defeito da própria informática.

Quanto à infração 03, alegou que existe erro no cálculo do ICMS por substituição, e caso o CONSEF não considere os argumentos quanto à falibilidade do meio de prova utilizado pelo autuante, aponta ainda, a existência de erro no modo de se calcular o ICMS por substituição tributária, citando o art. 357 do RICMS-BA. Disse que o RICMS fala em deduzir o tributo de responsabilidade do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, e no caso em questão, o autuante exigiu o imposto tanto por obrigação própria, como o ICMS por substituição. Disse que mesmo não havendo nota fiscal correspondente às supostas operações há de ser deduzido o ICMS por obrigação própria, sob pena de violar-se o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS. Alegou ainda, que em relação à omissão de entradas, a eventual punição pelo ilícito há de ser aplicada multa e não exigência do imposto. Ressaltou que o fisco não deve imputar ao contribuinte uma carga de imposto superior ao que caberia se fosse recolhido o tributo regularmente, e no caso de omissão de entradas, a majoração da carga tributária advém de multa e não com a exigência do imposto maior que o originalmente devido. Citou julgado da 1ª CJF através do Acórdão de nº 0644/01. Destacou também, que em relação ao item 01, não foi concedido pelo autuante o crédito das notas fiscais, e entende que deve ser feito, reduzindo-se o valor cobrado.

Outro argumento defensivo apresentado quanto a duplicidade de exigência entre o levantamento das infrações 02 e 03 e o levantamento das Infrações 04 e 05, considerando que as infrações 02 e 03 tiveram como base os dados do HD do computador do autuado, enquanto as infrações 04 e 05, também exigiram ICMS por obrigação própria e por substituição tributária, com base em um só levantamento de pagamentos não contabilizados. Assim, entende que o autuante exigiu ICMS por força de omissão de entrada, e relativamente à mesma operação, exigiu em outra infração, o imposto em decorrência de pagamento não contabilizado. Disse que não houve duas infrações, mas dois aspectos de uma mesma operação: não registro de nota fiscal e não registro do pagamento. Também quanto a esta questão, o autuado informou, que se ultrapassados outros argumentos, o levantamento deve ser submetido a uma revisão por fiscal estranho ao feito.

Também foi alegado que houve exigência do ICMS por substituição tributária relativamente a operações com mercadorias não sujeitas ao mencionado regime, sendo exigido equivocadamente o imposto de valores pagos a título de despesas diversas, como energia elétrica, água, pagamentos de tributos, etc. Relacionou as citadas despesas, fls. 1471/1472. Por isso, entende que se torna necessário que se faça uma revisão fiscal por Auditor estranho ao feito.

O autuado informou que reconhece parcialmente as infrações 02 e 03, alegando que existem nos autos dois relatórios, que não são embasadores de novas exigências, mas ratificadores em parte das infrações ventiladas nos itens 02 e 03. Disse que nos dois relatórios suplementares há prova da aquisição da mercadoria, tendo em vista o pagamento efetuado, mas há pequenas correções a fazer, e que no levantamento de uma página, que totaliza R\$38.068,79 devem ser excluídos valores relativos às aquisições feitas de empresas sediadas em Estados signatários do Convênio 76/94. Transcreveu decisão neste sentido do CONSEF, Acórdão 2173-02/01, da 2^a JJF. Apresentou demonstrativo dos valores que considera correto.

Disse que em relação a outro relatório com 03 páginas, totalizando R\$183.399,80, devem ser excluídos os registros referentes às aquisições de laboratórios que relacionou nas razões de defesa, fl. 1476 do PAF, informando que após a devida exclusão o valor do relatório passaria para R\$56.812,18, encontrando-se o ICMS por substituição de R\$13.913,70, valor que reconhece como devido. Disse ainda que o relatório apresenta uma série de irregularidade, elaborando à fl. 1471 quadro demonstrativo. Assim, em relação às infrações 02 e 03 concluiu que em muitos casos o autuado revela que cometeu deslizes, deixando de pagar o tributo devido, mas não na quantia levantada pelo autuante, informando que onde houve prova cabal de ausência de pagamento ou recolhimento efetuado a menos, o autuado sanará sua omissão com o pagamento do imposto lançado ex-ofício, mediante parcelamento, deixando para o CONSEF o julgamento dos valores com os quais o autuado não concorda.

Infrações 04 e 05 – Destacou que nestes itens apresenta a mesma tese das infrações anteriores, haja vista que entende que o imposto deve ser calculado abatendo-se o valor relativo ao ICMS por obrigação própria, existindo também, aquisições feitas junto a empresas sediadas em Estado signatário do Convênio 76/94, a exemplo do Estado de Goiás. Transcreveu os arts. 373 e 125 e § 1º, do RICMS/97. Disse que constatou inúmeros atropelos ao procedimento de fiscalização, uma vez que entende que a exigência do imposto deveria ser à empresa remetente das mercadorias situada em outra Unidade da Federação, e somente após esgotadas as tentativas de cobrança é que se poderia cobrar do autuado, e mesmo assim, através de Termo de Intimação para pagamento do débito em caráter espontâneo. Entende que devem ser excluídos do levantamento relativo às infrações 04 e 05 todos as aquisições ocorridas em Estados signatários do Convênio 76/94, e com a exclusão o levantamento se reduziria às aquisições feitas junto a fornecedores sediados no Estado de São Paulo, conforme demonstrativo que elaborou, fls. 1483/1484 do PAF, reconhecendo o débito no valor de R\$14.130,21, valor que providenciará o pagamento mediante parcelamento.

Infrações 06 e 07 – Argumentou que por serem idênticas às infrações 04 e 05, invoca a defesa feita dos itens anteriores, devendo-se excluir os registros relativos às aquisições feitas em Estados signatários do Convênio 76/94, à época. Apresentou demonstrativo, declarando que reconhece o débito de R\$3.731,94.

Infrações 08, 09 e 10 – Foi informado que o autuado reconhece e providenciará o pagamento, com exceção, relativamente à infração 08, dos registros correspondentes às Notas Fiscais de números 9463, 8311, 19411, 31 e 306, sob a alegação de que as mercadorias não foram adquiridas ou foram devolvidas, conforme quadro demonstrativo de fl. 1487 dos autos. Assim, informou que reconhece o débito parcial no valor de R\$9.818,34, considerando uma diminuição de R\$3.259,51 na infração 08.

Infração 11 – Argumentou que esta infração é consequência das infrações anteriormente arroladas, tendo reconhecido parcialmente o débito e por isso, entende que esta infração não é cabível, e em se tratando de multa formal, requer seja reconsiderada e excluída pelo CONSEF.

Por fim, o autuado requer o acolhimento das teses defensivas, manifestação sobre cada uma delas para decretar a procedência parcial do Auto de Infração, pedindo ainda, que seja realizada perícia por técnico em informática a fim de que sejam fornecidos elementos de caráter técnico sobre a viabilidade de integridade da cópia feita pelo Fisco.

O autuante apresentou informação fiscal mantendo o Auto de Infração, dizendo que a ação fiscal foi precedida de busca e apreensão de livros e documentos fiscais e de controles internos, inclusive microcomputador de uso da empresa, tudo respaldado em Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo de Direito da Vara Criminal Especializada da Comarca de Vitória da Conquista. Destacou as graves acusações contidas no preâmbulo do Auto de Infração acerca do uso pelo verdadeiro proprietário do negócio de interpostas pessoas, mais conhecidas como “laranjas” ou “testas de ferro”, em nome das quais o autuado se encontra cadastrado na SEFAZ, existindo também acusações de subfaturamento e de operações comerciais não registradas nas escritas fiscal e contábil, caracterizando crime contra a ordem tributária.

Informou que apesar de o autuado alegar em suas razões de defesa que reconhece as infrações 08, 09 e 10, afirmando ter providenciado o pagamento através de parcelamento requerido, e o contribuinte não concretizou o parcelamento, que chegou a ser deferido pela autoridade fiscal competente.

Quanto aos argumentos defensivos, foram apresentadas pelo autuante as seguintes informações:

Infração 01 – Disse que o preço fixado pelo órgão público que a defesa diz existir, não constitui uma tabela de preços, mas apenas um critério estabelecido na Portaria 37/92, do Ministério da Fazenda e Planejamento. Reconhece que há de fato algumas notas fiscais emitidas para prefeituras municipais e outros entes não contribuintes do ICMS, mas ressalta que o autuado na condição de detentor de Regime Especial para o ressarcimento proporcional desse imposto que teria sido pago a mais, jamais se preocupou em fazer valer o seu direito, simplesmente porque não registra em suas escritas fiscal e contábil grande parte dessas notas fiscais, justamente as de valor mais expressivo, destacando que o autuado se utiliza de outros expedientes como, subfaturamento e vendas sem documentos fiscais. Disse ainda que a principal condição para haver ressarcimento é que o imposto tenha sido efetivamente pago. Entretanto, a sonegação é tão grande que o mencionado Regime Especial perdeu a sua eficácia, e o contribuinte resolveu estabelecer seus próprios critérios de compensação. Assim, entende que não faz sentido a realização de diligência para apurar o movimento comercial do autuado junto a prefeituras, clínicas e hospitais por que caberia ao contribuinte e não ao Fisco o cumprimento das formalidades necessárias a tais compensações. Informou ainda, que na listagem acostada aos autos pelo deficiente, aproximadamente metade das notas fiscais listadas foram emitidas após o período fiscalizado.

Infrações 02 e 03 – Disse que os arquivos copiados foram autenticados eletronicamente por aplicativo de padrão internacional, e não há dúvida de que se reveste de inquestionável eficácia probatória, demonstrando que a transcrição do documento eletrônico utilizado pelo Fisco como instrumento probatório do lançamento, corresponde exatamente à sua configuração original, encontrada no computador do contribuinte no momento do cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão. Em relação ao outro questionamento do autuado que alegou existir erro no cálculo do ICMS por substituição tributária, Infração 03, o autuante discorda dos argumentos defensivos, ressaltando que não há dúvida de que o ICMS que está exigindo quando do pagamento de bens e serviços não se refere a esses bens e serviços, mas a operações tributadas anteriormente realizadas e não contabilizadas, portanto, argumenta que não se aplica o dispositivo regulamentar transcrito nas razões de defesa. Apresentou situações em que empresas, a exemplo do autuado, comercializam com mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto pelo regime normal e

mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, analisando cada situação e a sua repercussão no recolhimento do ICMS. Assim, o autuante demonstra o entendimento de que não deve ser reconhecido o crédito fiscal quando do cálculo do imposto por antecipação, nos casos em que esses pagamentos sem nota fiscal se referem a mercadoria substituída.

O autuante destacou ainda que procede a alegação do autuado quanto a duplicidade entre as infrações 02 e 03 com as infrações 04 e 05, considerando que embora não justifique, foram constatados pagamentos realizados a laboratórios farmacêuticos relativos a aquisições de mercadorias tributáveis não sujeitas à substituição e que, por isso, encontravam-se registrados no computador do autuado, tendo como fornecedor o termo genérico, “diversos”, em vez do nome do laboratório fornecedor. Disse que foi realizado o cotejo integral, confirmando-se os valores apontados pela defesa, sendo acrescentados mais alguns que foram arrolados no demonstrativo elaborado pelo autuante na informação fiscal, fls. 1579/1580 dos autos, para fins de dedução do valor autuado.

Infração 05 - informou que há alterações a fazer em razão de terem sido consideradas indevidamente como medicamentos e correlatos, alguns pagamentos como ‘diversos’, no relatório das infrações 02 e 03. Disse também que há uma correção devida em razão de ter sido constatada emissão de nota fiscal por remetente de Estado signatário do Convênio 76/94, conforme demonstrativo elaborado na informação fiscal, fls. 1580/1581. Por isso, informou que ficaram alteradas as infrações 02, 03 e 05 passando o débito apurado para R\$236.242,64, R\$253.619,55 e R\$54.789,33. Destacou que novo demonstrativo de débito foi elaborado e anexado ao PAF.

O autuante acrescentou que um fato é digno de nota, informando que não houve qualquer truncamento na migração dos sistemas quando os dados constantes dos arquivos eletrônicos que deram suporte às infrações 02 e 03 serviram para ilustrar os argumentos do deficiente referentes a esse subitem, atestando a autenticidade da prova material.

Infrações 06 e 07 – Disse que têm a mesma natureza das infrações anteriores, apenas foram separadas por motivo de organização do Auto de Infração.

Infrações 08, 09 e 10 – Informou que o autuado reconheceu como procedentes as infrações apuradas e em relação à infração 09, o crédito fiscal utilizado no cálculo do imposto devido por antecipação é o mesmo destacado nos documentos fiscais correspondentes ao imposto efetivamente cobrado na operação anterior da mercadoria entrada sem registro, sendo que o imposto exigido foi calculado à alíquota de 17% sobre o valor da receita omitida, correspondente à parte do movimento comercial anterior não contabilizado.

Infração 11 – Disse que a defesa teceu comentários desconexos, para não dizer que reconheceu pacificamente a procedência da autuação, não apresentou muita argumentação por saber que se trata de infração indubitável, prevista na legislação.

Por fim, o autuante concluiu dizendo que considerou válidas as alegações de que houve duplicidade de algumas exigências, por isso, realizou minuciosa revisão do lançamento de ofício e elaborou duas tabelas para fins de redução do imposto lançado a mais, ficando o total originalmente exigido reduzido para R\$843.149,34. Pede que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Em consequência da informação fiscal prestada pelo autuante, o PAF foi encaminhado à INFRAZ Vitória da Conquista para dar conhecimento ao autuado, o que foi providenciado, conforme ciente datado de 06/11/2002, assinado pelo defensor do contribuinte, sendo apresentada petição do defensor do autuado com alegações semelhantes às razões de defesa.

VOTO

Inicialmente, fica indeferido o pedido do autuado para realização de diligência fiscal, tendo em vista que considero os elementos acostados ao presente processo suficientes para as minhas conclusões.

Quanto à perícia contábil também requerida pelo defendant constata-se que as irregularidades apuradas e os levantamentos fiscais não dependem de conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista das provas produzidas nos autos, ficando também indeferido o pedido, conforme art. 147, inciso II do RPAF/99.

Quanto ao mérito, constata-se que a infração 01 trata da exigência do imposto, tendo em vista que foi constatado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA, período de 11/1997 a 12/2001, ficando esclarecido que a diferença apurada é decorrente de erro na determinação da base de cálculo do imposto correspondente a medicamentos e materiais correlatos procedentes de outros Estados não signatários do Convênio 76/94, por não haver adotado o preço máximo de venda a consumidor, conforme demonstrativos e xerocópias das notas fiscais, fls. 761 a 1167 do PAF.

Observo que de acordo com a Lei nº 7.014/96, art. 23, §§ 2º e 3º, em se tratando de substituição tributária, a base de cálculo para mercadorias cujo preço final a consumidor seja fixado por órgão público, quando não for estabelecido pelo órgão competente, poderá ser o preço final fixado ou sugerido pelo fabricante.

No caso dos medicamentos o cálculo da substituição tributária é feito com base nos preços sugeridos pelos fabricantes publicados em listagens da ABIFARMA, ABAFARMA e ABCFARMA, ficando as citadas listagens disponíveis em farmácias, laboratórios, distribuidoras e demais revendedores, sendo de livre acesso ao público, à disposição do consumidor para as consultas que forem necessárias e convenientes, e assim, o entendimento que vem prevalecendo é o de que essas tabelas têm validade, considerando que os preços ali verificados são inteiramente observados e aceitos pelo consumidor em geral, considerando-se o fato de que essas listagens têm origem em informações prestadas pelos fabricantes, e não deve haver divergência entre o preço sugerido e praticado pelo estabelecimento com o informado à fiscalização.

O autuante reconheceu na informação fiscal que há de fato algumas notas fiscais emitidas para prefeituras municipais e outros entes não contribuintes do ICMS, tendo em vista a alegação defensiva de que a maior parte do movimento comercial do autuado é voltada para os citados entes, que não praticam venda de mercadoria, e por isso entende que não há que se falar em ICMS.

Entendo que a legislação assegura o direito à restituição do valor pago por substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar, e no caso em exame, não está comprovado o recolhimento do tributo, existindo apenas a alegação defensiva de que o autuado realizou vendas de parte das mercadorias para entes não contribuintes do ICMS.

Assim, concluo pela procedência da exigência do imposto, devendo o autuado comprovar a proporção das efetivas vendas a farmácias, e entes não contribuintes do ICMS, observando as regras estabelecidas no art. 33 da Lei nº 7.014/96 e no RPAF/99.

A infração 02 se refere a entradas não registradas de mercadorias e pagamentos de bens destinados ao uso e consumo, também não registrados, caracterizando presunção legal de omissão de saídas

de mercadorias não identificadas equivalente ao valor da receita omitida, no período de 10/1999 a 01/2002, sendo apurado o imposto devido a partir dos elementos colhidos no Banco de Dados do computador do autuado, equipamento que fora objeto de apreensão; e a infração 03, trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA, período de 10/1999 a 01/2002, sendo calculado o tributo, também através dos dados constantes levantamento do item 02, conforme descrição dos fatos do Auto de Infração.

Foi alegado pelo defensor em relação às infrações 02 e 03 que existe falibilidade do meio de prova utilizado pelo autuante. Disse que houve apreensão de um computador pela fiscalização sendo extraída cópia autenticada do disco rígido, mas entende que tal prova não oferece qualquer segurança, porque não há garantia de que a cópia criptografada fora feita com o HD no estado em que saiu da empresa. Entretanto, as alegações defensivas não estão acompanhadas de provas e a simples alegação não desonera o sujeito passivo do cometimento da infração.

O outro argumento defensivo apresentado pelo autuado foi acatado pelo autuante, relativamente à duplicidade entre as infrações 02 e 03 com as infrações 04 e 05, e por isso foi realizado o cotejo integral, confirmando-se os valores apontados pela defesa, sendo acrescentados mais alguns que foram arrolados no demonstrativo elaborado pelo autuante na informação fiscal, fls. 1579/1580 dos autos, para fins de dedução do valor autuado, dados não contestados pelo defensor que tomou conhecimento da informação fiscal prestada pelo autuante. Assim, considero que é procedente em parte a exigência fiscal referente aos itens 02 e 03 do Auto de Infração.

Infrações 04 e 05 - Foi alegado pelo autuado que devem ser excluídas do levantamento todas as aquisições ocorridas em Estados signatários do Convênio 76/94, e com a exclusão o levantamento se reduziria às aquisições feitas junto a fornecedores sediados no Estado de São Paulo, conforme demonstrativo que elaborou, fls. 1483/1484 do PAF, reconhecendo o débito no valor de R\$14.130,21, valor que providenciará o pagamento mediante parcelamento.

A exemplo dos itens 02 e 03, o autuante reconheceu equívocos no levantamento fiscal e apontou os valores a serem excluídos, conforme demonstrativos de fls. 1580/1581 do PAF, elaborado junto com a informação fiscal que foi dado conhecimento ao defensor do autuado.

Considero que subsistem em parte as infrações apontadas com as exclusões indicadas pelo autuante, fls. 1580/1581 dos autos, ficando alterados os valores das infrações 02, 03 e 05, e inalterada a infração 04.

Vale ressaltar que apesar de ter sido apresentada petição do defensor do autuado com alegações semelhantes às razões de defesa, não foram anexados aos autos elementos ou dados para contrapor os novos demonstrativos elaborados pelo autuante na informação fiscal.

Infrações 06 e 07 – O defensor argumentou que por serem idênticas às infrações 04 e 05, invoca a defesa feita dos itens anteriores, solicitando a exclusão dos registros relativos às aquisições feitas em Estados signatários do Convênio 76/94, à época. Apresentou demonstrativo divergente.

Considerando que se tratam de operações realizadas sem documentação fiscal, não se pode exigir o imposto do remetente da mercadoria, inexistindo também a possibilidade de reconhecimento de créditos fiscais que seriam destacados em notas fiscais idôneas que fossem emitidas em operações regularmente realizadas. Assim, considerando que foi constatada a existência de operações realizadas pelo contribuinte sem documentação fiscal, entendo que a infração apurada está devidamente caracterizada, sendo procedente a exigência fiscal.

Observo que a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos.

As infrações 08, 09 e 10 foram reconhecidas pelo contribuinte, inexistindo controvérsia, exceto quanto a algumas notas fiscais da infração 08, tendo em vista a alegação de que as mercadorias não foram adquiridas ou foram devolvidas. Entretanto, não foi apresentada a necessária comprovação da alegação defensiva, sendo dessa forma, considerados procedentes os itens 08, 09 e 10 do Auto de Infração.

Quanto à infração 11, referente à aplicação de multa em decorrência de fornecimento de informações pelo autuado em arquivos magnéticos com omissão de operações ou com dados divergentes, foi alegado que esta infração é consequência das infrações anteriormente arroladas, tendo o autuado reconhecido parcialmente o débito, por isso, ele entende que esta infração não é cabível, e em se tratando de multa formal, requer seja reconsiderada e excluída pelo CONSEF.

Entretanto, a legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados em arquivos magnéticos, conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea "f", da Lei nº 7.014/96. Por isso, entendo que estando correta a multa aplicada, é procedente a infração apurada.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, considerando a revisão efetuada pelo autuante nos itens 02, 03 e 05, ficando alterado o imposto exigido conforme demonstrativo de débito de fls. 1587 a 1600 do PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206828.0003/02-1, lavrado contra **CAMPOS SOUZA DISTR. PROD. FARMACÊUTICOS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$779.988,61**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$302.828,10, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96; 60% sobre R\$477.160,51, prevista no art. 42, inciso II, alíneas "d" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa no valor de **R\$63.160,73**, atualizada monetariamente, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "f", da Lei nº 7.014/96.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2002.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR