

PROCESSO	- A.I. Nº 206828.0003/02-1
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CAMPOS SOUZA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS E HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDOS	- CAMPOS SOUZA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS E HOSPITALARES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0452-02/02
ORIGEM	- INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 07/11/2003

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0560-11/03

**EMENTA: ICMS.** 1. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. 2. 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. Mantida a Decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. 4. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE IMPOSTO. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVO MAGNÉTICO. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. Rejeitada a preliminar de nulidade. Desistência da lide mediante parcelamento do débito. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PREJUDICADO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso Voluntário e de Ofício, sendo o primeiro interposto pelo sujeito passivo, através de seu representante legal, em face da Decisão proferida no julgamento de 1ª Instância – Acórdão nº 045-02/02, respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, e o segundo, interposto na própria Decisão recorrida conforme preceitua o art. 170, inciso I e previsto no art. 169, I, “a” do mesmo regulamento, para a apreciação por uma das Câmaras, em razão de ter exonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado no lançamento ex-ofício, sendo o Auto de Infração julgado Procedente em Parte.

A acusação fiscal objeto dos aludidos Recursos, se referem às seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos de imposto por antecipação, na condição de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA, resultante de erro na determinação da base de cálculo relativo a mercadorias (medicamentos) procedentes de Estados não signatários do Convênio nº 76/94, em razão de não ter adotado o preço máximo de venda a consumidor no período de 11/1997 a 12/2001 – R\$163.078,52.

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 –R\$246.782,24.
3. Deixou de recolher o 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, no período de 10/1999 a 01/2002 – R\$258.023,61.
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas (contabilizadas), no período de 12/1998 a 11/2000 – R\$46.214,70.
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, no período de 11/1997 a 11/2000 – R\$65.429,58
6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, no período de 03/1999 a 01/2002 – R\$7.292,91.
7. 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, nos meses de março, abril e novembro de 1999; dezembro de 2000; janeiro, outubro e novembro de 2001; janeiro de 2002 – R\$4.380,53.
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, conforme demonstrativo anexo e via das notas fiscais não registradas, no período de 01/1997 a 11/2001 no valor de R\$13.077,85.
9. 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, conforme via de notas fiscais obtidas do CFAMT nos meses de junho, julho, agosto e outubro de 1999 – R\$1.064,51.
10. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao consumo do estabelecimento, referente notas fiscais obtidas do CFAMT, período – (01.01.98 a agosto/2001), nos meses de janeiro e julho de 1998; maio de 1999; abril e setembro de 2000; agosto de 2001 –R\$228,07.
11. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária com omissão de operações, por deixar de consignar várias notas fiscais emitidas, com aplicação da a multa de 5% do valor das operações omitidas correspondentes ao período de outubro de 2000 a janeiro de 2002, no valor de R\$63.160.73.

O autuado apresentou defesa tempestiva às fls. 1442 a 1502, onde admitiu o cometimento de algumas infrações, impugnando parcialmente outras, alegando erro no cálculo do imposto, argüiu duplicidade de exigência de imposto dentre as infrações arroladas. Nega o cometimento de algumas infrações e aponta erros nos levantamentos. Requeru revisão fiscal dos itens em que entendeu ter ocorrido a exigência em duplicidade. Quanto aos itens 2 e 3 que reconheceu parcialmente a infração apresentou demonstrativo da parte que considerava correto.

Requeru dispensa da multa do item 11, referente à omissão de operações nos arquivos magnéticos. Sob o fundamento de que esta seria uma consequência das outras infrações já arroladas nos itens anteriores. Ao final pediu a Procedência Parcial do Auto de Infração e a realização de Perícia por técnico em informática, para a aferição da integridade da cópia feita pelo Fisco.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 1563 a 1586 dos autos, onde examinou as preliminares das acusações não contestadas, e observa que a ação fiscal resultou de reiteradas denúncias de sonegação fiscal e 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 de Apreensão expedido pelo Juízo da Vara Criminal Especializada da Comarca de Vitória da Conquista. Destacou as acusações contidas no preâmbulo do Auto de Infração, além da existência de acusações de subfaturamento e de operações comerciais não registradas nas escritas fiscal e contábil, caracterizam crime contra a ordem tributária.

Observou que o autuado reconheceu as infrações 8, 9 e 10, e parcialmente os itens 2, 3, 4, 5, 6 e 7, Reafirma a falta de registro de notas fiscais nas escritas contábil e fiscal, de valores expressivos. Referente a infração 1 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. Aduziu que a empresa embora detentora de Regime Especial, não se ressarciu do imposto que lhe é permitido quando pago indevidamente, nas operações em que alguma das fases de circulação não está sujeita a tributação do ICMS. E diz que a condição para o ressarcimento é que o imposto tenha efetivamente sido pago, mas que tamanha é a sonegação que o citado regime perdeu sua eficácia, e o contribuinte adotou os próprios critérios de “compensação”. Alegou que a diligência requerida pelo autuado para apurar o movimento comercial do autuado junto às prefeituras, clínicas e hospitais, uma vez que os meios de compensação estão definidos no Regime Especial, e portanto, caberia ao contribuinte e não ao Fisco, o cumprimento das formalidades necessárias para tais compensações. Argüiu ainda que das notas fiscais juntadas na listagem acostada pela defesa, aproximadamente a metade das mesmas foram emitidas depois do período fiscalizado.

Quanto às infrações 2 e 3, que a defesa contestou a fonte dos elementos probatórios, suscitando dúvidas quanto à apuração das infrações por meio eletrônico, disse que os arquivos copiados foram autenticados eletronicamente e atendem ao padrão internacional e não há dúvidas de que se reveste de inquestionável eficácia probatória e corresponde à mesma configuração original encontrada no computador do contribuinte, no momento do cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão. Assevera que o processo de copiagem, por meio de aplicativo específico, foi realizado no próprio estabelecimento do contribuinte, que no ato, recebeu uma via dos “Recibos de Arquivos Eletrônicos”, às fls. 43 a 48. e assinados pelo preposto do autuado e pela depositária designada em juízo.

Referente ao questionamento argüido pelo autuado de erro no cálculo do ICMS por substituição tributária relativo a infração 3, o autuante discorda de toda a argumentação da defesa e explica por que não concedeu como crédito o valor do imposto dito de obrigação própria, relativo à aquisição de mercadoria sujeita a substituição tributária que foi realizada sem documento fiscal. Ressalta que o ICMS que está sendo exigido referente a pagamentos de bens destinados a consumo não se refere a estes bens, mas a pagamentos com recursos provenientes de omissões anteriores de operações tributadas e que não foram contabilizadas. Admitiu que procedia a alegação do autuado de algumas duplicidades na exigência do imposto entre as infrações 2 e 3 e as infrações 4 e 5, elaborando novos levantamentos, onde foram deduzidos os valores dos itens 2 e 3. Esclareceu equívocos referente à infração 5, em razão da nota fiscal ter sido emitida por Estado que é signatário do Convênio nº 76/94, e apontou os novos valores relativos aos itens 2, 3 e 5 à fl. 1581 dos autos.

Ressaltou ainda que ao considerar os dados constantes dos mesmos arquivos eletrônicos que deram suporte às infrações 2 e 3, que serviram para ilustrar os argumentos do defendente relativos ao subitem da defesa, servem para atestar a autenticidade da prova material e demonstrar mais uma vez que não houve qualquer “truncamento na migração dos sistemas” como argüiu o patrono do autuado.

Alegou que as infrações 6 e 7 tinham a mesma natureza das anteriores, e que apenas foram separadas por motivo de organização do Auto de Infração. Não examinou os itens 8, 9 e 10, por que houve o reconhecimento pelo autuado, observando quanto a infração 9, que o crédito fiscal utilizado no cálculo do imposto devido por antecipação era o mesmo destacado nos documentos fiscais correspondentes ao imposto cobrado na operação anterior, da mercadoria entrada sem registro, onde se exigiu o imposto de 17% sobre a receita omitida relativo a parte do movimento comercial anterior não contabilizado.

Com referência à infração 11, contestou os argumentos da defesa, alegando que se restringiu em tecer comentários vagos e a sua pouca argumentação decorria do fato de saber que a infração prevista na legislação ensejava a penalidade proposta por descumprimento de obrigação acessória.

Concluiu afirmando que mantinha parcialmente a infração, elaborou tabelas onde apontou o valor do débito de R\$843.149,34, e requereu a Procedência Parcial do Auto de Infração.

O autuado tomou ciência da informação fiscal à fl. 1601 dos autos e novamente se manifestou nos autos às fls. 1603 a 1608 onde alegou quanto aos itens 1, 2 e 3 argumentos semelhantes aos aduzidos na defesa inicial, insistiu no pedido de perícia e de revisão fiscal, e juntou o DAE da parcela que reconheceu devida.

A Decisão prolatada no julgamento da 2<sup>a</sup> JJF pela Procedência Parcial do Auto de Infração teve a unanimidade dos componentes da Junta de Julgamento Fiscal. O relator indeferiu o pedido de diligência e de perícia fundamentando que os elementos acostados ao processo foram suficientes para formar o seu convencimento e quanto ao pedido de perícia disse que indeferia com base no inciso II do art. 147 do RPAF/99, pois os levantamentos fiscais produzidos não dependiam de conhecimento especial de técnicos.

No mérito examinou as infrações objeto da lide, observando que a infração 1 se tratava de recolhimento a menos 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, em que ficou constatado erro na determinação da base de cálculo do imposto correspondente a medicamentos e materiais correlatos procedentes de outros Estados não signatários do Convênio nº 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. Considerou que de acordo com o art. 23, §§ 2º e 3º da Lei nº 7014/96, em se tratando de substituição tributária, está determinado que 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.

Asseverou que no caso dos medicamentos os preços sugeridos pelo fabricante são publicados em listagens da ABIFARMA, ABAFARMA e ABCFARMA, ficando as citadas listagens disponibilizadas nas 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 que é assim o entendimento que vem prevalecendo, de que essas tabelas são válidas, uma vez que tem origem nas informações prestadas pelos fabricantes e por esta razão não podia haver divergência entre o preço sugerido nas tabelas e o praticado pelo estabelecimento. Observou que o autuante reconheceu na informação fiscal que as notas fiscais na sua maioria são emitidas para os entes que não praticam venda de mercadoria.

O relator aduziu que considerava que a legislação prevê que será restituído o 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 parte das mercadorias foram vendidas para entes não contribuintes do ICMS. Concluiu que era procedente a 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.

Quanto as infrações 2 e 3, entendeu que as alegações do autuado de falibilidade do meio de prova utilizada pelo autuante e de que a prova extraída de cópia autenticada do disco rígido do computador apreendido não oferecia segurança, não estavam acompanhadas de elementos de prova, e que a simples alegação não desonerava o contribuinte do cometimento da infração. Acatou as alterações feitas pelo autuante quanto aos referidos itens e nos itens 4 e 5, diante dos argumentos da defesa de lançamento em duplicidade, e considerou os números apontados na informação fiscal às fls. 1571 e 1580 e julgou os referidos itens Parcialmente Procedentes.

Referente aos itens 4 e 5, disse que verificando as alegações do autuado de que foram incluídos no levantamento Estados que eram signatários do Convênio nº 76/94, e o autuado elaborou levantamento às fls. 1483 e 1484, diante do reconhecimento pelo autuante da existência de equívocos nos levantamentos e que na informação fiscal apontou valores a serem excluídos também considerava subsistente em parte o item 5 e manteve sem alterações o item 4.

Quanto às infrações 6 e 7 disse que o autuado alegou que reiterava a defesa feita quanto as infrações, solicitando a exclusão dos registros relativos às aquisições feitas em Estados signatários do Convênio nº 76/94, à época, e que apresentou demonstrativo divergente, mas que se tratavam de operações efetuadas sem documentação fiscal, e que não podendo exigir do remetente da mercadoria, o imposto correspondente, também não se podia reconhecer os créditos fiscais que seriam destacados em notas fiscais idôneas que tivessem sido emitidas em operações regularmente realizadas. Entendeu que estava caracterizada a infração e manteve a Procedência dos referidos itens, relativo a falta de contabilização das entradas o que indicava que pagamentos foram efetuados com Recursos decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizados, e que a origem dos Recursos não foram comprovadas pelo autuado.

Manteve totalmente Procedentes as infrações 8, 9 e 10, que foram reconhecidas pelo sujeito passivo, observou que o mesmo excetuou algumas notas fiscais da infração 8, sob alegação de que as mercadorias não foram adquiridas ou foram devolvidas. Entretanto, não foi apresentada a necessária comprovação da alegação defensiva, e por isso, considerava procedente o referido item 8.

Relativo à infração 11, não acolheu o argumento do autuado de que essa infração era uma consequência das anteriores, quanto à aplicação de multa em decorrência de fornecimento de informações pelo autuado em arquivos magnéticos com omissão de operações ou com dados divergentes. Fundamentou que em razão da omissão de dados em arquivos magnéticos, era prevista na legislação fiscal a multa específica no art. 42, XIII-A, alínea “f” da Lei nº 7014/96, e por isso entendia correta a aplicação da mesma.

Concluiu que era Procedente em Parte o Auto de Infração, considerando a revisão efetuada pelo autuante nos itens 2, 3 e 5, tomando por base o demonstrativo de fls. 1587 a 1600 dos autos.

O sujeito passivo inconformado com o julgamento da 2ª JJF, ao tomar ciência conforme AR à fl. 1625 dos autos, interpôs Recurso Voluntário às fls. 1629 a 1643, no prazo regulamentar, através de advogado devidamente constituído nos autos, onde aduziu as seguintes razões:

QUANTO AO ITEM 1:

- 1) que a Lei Federal nº 8884/94 argüida na defesa foi citada no relatório do julgamento da Junta, mas na Decisão sequer o relator se manifestou sobre a referida norma. Alega que esta lei revela ilegalidade da utilização das revistas na apuração da base de cálculo do ICMS por substituição no setor de medicamentos.

- 2) alega que o art. 61 inciso I do RICMS/BA, não determina que a base de cálculo seja aquela sugerida pelo fabricante, pois fala ou do preço fixado por autoridade competente, o que importa dizer que dá opção de adotar o preço estabelecido por órgão oficial e só na sua falta é que se tornaria lícita à utilização de preço sugerido pelo fabricante.
- 3) cita o comando do art. 8º, § 2º da Lei complementar nº 87/96 e o art. 23 §§ 2º e 3º da Lei nº 7014/96 que determinou que havendo preço fixado por órgão competente será ele utilizado para o cálculo da substituição tributária por antecipação. Diz que existe o preço fixado na Portaria nº 37/92 do Ministério da Fazenda, e conclui que o art. 61 do RICMS deve ser interpretado nos termos da lei que o alicerça, como dispõe o art. 99 do CTN, e que deve ser o previsto na Lei nº 7014/96, qual seja o fixado pela autoridade oficial, entendendo que o regulamento estaria em desacordo com a Lei, e diz que a Junta ignorou a Portaria nº 37/92.
- 4) argui que nem todas as mercadorias adquiridas pelo autuado estariam sujeitas à substituição tributária, e por isso entende que existiram mercadorias em que cabe o direito à restituição, citando o art. 356 que desonera de tributação as operações internas subsequentes com as mercadorias que tenha havido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária.
- 5) diz que a legislação recomenda que não se faça a retenção nas hipóteses sobre as quais não haverá incidência do ICMS, citando o art. 355 do Regulamento, e que sendo a saída subsequente isenta a empresa tem direito à restituição da quantia retida antecipadamente citando o § 4º do art. 352.
- 6) assevera que as mercadorias vendidas para os entes públicos não podiam ter o ICMS exigido por substituição, Citando a legislação (art. 507 e § 6º e art. 359), e alega que não se pode pretender cobrar o imposto com base na aplicação da MVA para o preço sugerido a consumidor final, pois a venda para os entes públicos ou estabelecimento não se constitui fato gerador de imposto. Alega que no Acórdão recorrido se admitiu que cabe a restituição desde que fique comprovado o pagamento do ICMS, e conclui que se cabe a restituição é porque não era devido o imposto naquela situação.

QUANTO AOS ITENS 2 E 3:

- 1) alega que as provas obtidas pela fiscalização decorrente da apreensão do computador do autuado não oferecem segurança, nem para o autuado nem para o Fisco, por que a cópia autenticada do HD, ainda que se trate de cópia autêntica não oferece para o contribuinte a garantia de que não fora efetuada após adulteração das informações ou seja, que tenha sido feita com base no conteúdo existente no HD da empresa.
- 2) Alega desconformidade entre os relatórios fundados nas informações constantes no referido HD, e argui a possibilidade de ter havido violação, o que demonstra que as informações eletrônicas são falíveis.
- 3) diz que a Junta de Julgamento Fiscal não apreciou nenhuma possibilidade, e que a prova pericial foi indeferida.
- 4) Argui a existência de erro no cálculo do ICMS na infração 3, e diz que não foi reconhecido no Acórdão recorrido. Alega que o art. 357 do RICMS/BA prevê a dedução de crédito do ICMS, e que a suposta aquisição de mercadoria sem nota fiscal, o tributo exigido por obrigação própria há e ser deduzido do imposto por substituição tributária, sob pena de violar o princípio da não cumulatividade do ICMS. Ilustra um exemplo, de que o autuante elevou o imposto do item relativo a exigência do ICMS por substituição quando relativo a operação que não estava amparada por nota fiscal, e exigiu o imposto por omissão de saída presumida pela falta de registro de entradas, onde se exigiu o imposto por obrigação própria.

5) Alega que se tratando de operações sem nota fiscal ao se exigir o imposto por obrigação própria deve ser deduzido do cálculo do imposto por substituição, por que a própria imputação está sendo feita ao autuado. Cita o Acórdão nº 2351/00 da 3<sup>a</sup> JJF, que no Recurso Voluntário foi provido para excluir o imposto da obrigação própria do imposto por substituição que tiveram o mesmo lastro das operações, no Acórdão nº 0644/01 da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal. Citou ainda o Acórdão nº 0013/01 da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal.

QUANTO AS INFRAÇÕES 4 E 5;

Alegou que sendo as infrações de natureza idênticas às infrações 2 e 3, a tese que defende é a mesma. Acrescentou que o autuante considerou aquisições de Estados signatários de Convênio, quando deveria ter levado em conta a existência do Convênio à época da ocorrência do fato gerador.

QUANTO AS INFRAÇÕES 6 E 7:

Argui que as mesmas são também idênticas à do tipo previsto nas infrações 4 e 5, e portanto, invoca os mesmos argumentos, e em especial, quanto à alegação de que as operações de aquisição de mercadorias procedentes de Estados signatários de Convênio, à época do fato gerador.

Relativo às infrações 8, 9 e 10, admitiu ter reconhecido o débito, mas alega que não integralmente, e que se insurge quanto às Notas Fiscais de nºs 9463, 8311, 19411, 31 e 306, onde diz que as duas primeiras tratam-se de notas fiscais de mercadorias devolvidas no ato da entrega, por estarem em desacordo com o pedido e quanto às demais afirma que não adquiriu as mercadorias nelas constantes, (conforme fl. 1487 dos autos).

Concluiu a peça recursal requerendo o acolhimento das teses suscitadas, com precisa manifestação sobre cada uma delas, e ratifica o pedido de revisão fiscal por auditor estranho ao feito, e de perícia por técnico em informática.

A PGE/PROFIS exarou Parecer onde analisa o mérito, e considera que a substituição tributária de medicamentos da linha humana se submetem ao Convênio nº 76/94, quanto a base de cálculo do imposto, e que estabelece uma alternativa em que se houver preço sugerido por órgão competente deve ser utilizado, e apenas se aplica o valor da operação quando aquele faltar. Acrescenta que a Portaria Ministerial nº 37/92, em seu entender eleva as listas fornecidas pelas indústrias à categoria de preço sugerido pelo órgão competente. Considera que as listas da ABCFARMA não são preços livremente sugeridos pelo industrial, mas revelam a limitação de margem de comercialização, segundo o parágrafo 1º da referida Portaria

Quanto à arguição de que parte das operações de vendas se destinavam a não contribuintes, o próprio recorrente traz a legislação pertinente, e assim o contribuinte sabe como deve proceder para recuperar a parcela do imposto.

Referente a alegação de que o meio de prova das infrações 2 e 3 seria falível, considera que o recorrente não comprovou sequer algum indício de adulteração dos dados do HD, e por isso os mesmos devem ser considerados válidos. E acerca da alegação de utilização do crédito na antecipação tributária, diz que sendo vendas emitidas sem notas fiscais não podem os mesmos serem utilizados.

Quanto ao não reconhecimento de algumas notas fiscais do item 8, considera que a prova para os argumentos utilizados não vieram aos autos, e não é permitido a simples alegação do não cometimento da infração. Relativo ao pedido de perícia concorda com a Junta de Julgamento Fiscal que a mesma não é necessária para elucidar os fatos, pois as provas cabíveis podem ser produzidas pelo recorrente. Opinou pelo Não Provimento do Recurso.

O processo foi convertido em diligência para a ASTEC conforme fl. 1663 dos autos, diante dos argumentos do autuado de que nem todas as mercadorias adquiridas estavam sujeitas a antecipação tributária e de ter impugnado os cálculos com base nas tabelas da ABCFARMA., tendo o diligente exarado o Parecer nº 0126/2003, informando que não procedeu à diligência, embora tenha intimado o contribuinte, porque o mesmo desistiu da lide, não fornecendo a documentação indispensável para os procedimentos revisionais sob o argumento de que teria acatado o débito decorrente do lançamento de ofício, e requerido parcelamento do total do débito, e que a alegação se confirmava com os documentos de pesquisa feita no sistema de arrecadação, e fez juntada dos “hard copies” às fls. 1671 a 1675, e ainda declaração à fl. 1670, de ter deixado de apresentar a documentação constante da Intimação Fiscal, por ter efetuado parcelamento do débito referente ao Auto de Infração em comento.

## VOTO

Da análise dos documentos e peças processuais constantes dos autos, verifico que parte dos argumentos aduzidos na defesa foram acatados pelo autuante na informação fiscal, acolhendo as alegações do autuado de que referente aos itens 2, 3 e 5 existiram erros nos levantamentos, e elaborando novos demonstrativos dos valores inicialmente indicados foram reduzidos, tendo o relator da 1ª Instância acatado os valores corrigidos pelo autuante, e julgado Procedente em Parte o Auto de Infração, excluindo parte da exigência do débito dos referidos itens, e sendo submetido à apreciação desta Instância recursal consoante o disposto no art. 169, I, “a” do RPAF/99 e art. 170, I do mesmo regulamento, em razão da Decisão ter exonerado o sujeito passivo de parte do imposto inicialmente exigido no lançamento de ofício.

Neste sentido, considero que o reexame obrigatório não requer maiores questionamentos, visto que relativo às infrações 2, 3 e 5 o autuante reconheceu o erro material argüido pelo autuado de que teria ocorrido duplicidade na exigência dos itens 2 e 3, e esclareceu os enganos quanto ao item 5, e apontou novos valores.

Assim, entendo que agiu com acerto o relator da Decisão recorrida, quando excluiu as parcelas tomando por base os demonstrativos de fls. 1579 a 1581, e julgou Procedente em Parte os referidos itens. Assim voto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Relativamente ao Recurso Voluntário, diante dos argumentos aduzidos pelo recorrente foi solicitado Diligência à ASTEC conforme fl. 1663 dos autos relativo aos itens 1, 3, 5, 7 e 9, que tratam da mesma matéria, qual seja recolhimento a menos ou falta de recolhimento de imposto por antecipação tributária na qualidade de sujeito passivo por ter o recorrente adquirido mercadorias (medicamentos) em outros Estados, relacionados nos Anexos 66 e 89 do RICMS/BA.

E os itens 2, 4, 6 e 8, que se referem a omissão de saídas de mercadorias tributadas em decorrência de entradas não registradas ou pagamentos não registrados, caracterizando a presunção legal de omissão de saídas.

Ocorre que a diligência solicitada àquela Assessoria conforme fl. 1663 dos autos, não foi realizada, tendo o diligente mediante o Parecer nº 0126/03, informado que não levou a efeito a revisão solicitada em razão de após intimar o autuado a apresentar a documentação, ter sido informado por um dos sócios da empresa que não se fazia necessária a diligência, por que já teria reconhecido e acatado todo o valor do débito e inclusive, requerido o parcelamento.

Neste sentido, não existem mais pontos contraditórios a serem solucionados no processo, porque inexiste lide, logo, de onde se infere que o Recurso Voluntário perdeu o seu objeto.

Conforme asseverou o diligente fiscal a existência do parcelamento ficou comprovada, e fez juntada dos “hard copies” às fls. 1671 a 1675 dos autos. E anexou ainda, uma declaração do contador da empresa Sr. Marcos Henrique Barbosa, onde consta ter deixado de apresentar a

documentação solicitada pelo diligente, constante da Intimação Fiscal, por ter efetuado parcelamento do débito constante no Auto de Infração nº 206.828.0003/02-1, conforme fl. 1670 dos autos.

Ressalto que antes do Recurso Voluntário o recorrente já havia reconhecido parte do valor do débito e efetuado pagamento conforme consta de DAE à fl. 1609 dos autos, devendo, relativo ao valor ali consignado ser homologado.

Neste caso, houve desistência do Recurso Voluntário pelo sujeito passivo, uma vez que reconhecendo o débito ao acatar o valor apontado no Auto de Infração, e que foi parcialmente confirmado no julgamento de 1ª Instância, realizou um ato incompatível com o direito de recorrer, o que caracteriza ter desistido de demandar, e consequentemente, importa em não apreciação do mérito, ficando, neste caso, prejudicado o exame do mérito quanto as razões aduzidas na peça recursal.

Deste modo, diante da desistência da lide, com o parcelamento do débito, sendo o pagamento uma das modalidades de extinção do crédito tributário (art. 156, inciso I do CTN), a consequência é a extinção do processo, e assim, a Decisão recorrida deve ser mantida integralmente, ficando, portanto, PREJUDICADO o Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício e considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentados, e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206828.0003/02-1, lavrado contra CAMPOS SOUZA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E HOSPITALARES LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$779.988,61, sendo R\$519.967,32, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$195.919,40, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, 60% sobre R\$324.047,92, prevista no art. 42, II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$260.021,29, acrescido das multas de 60% sobre R\$153.112,59 e 70% sobre R\$106.908,70, previstas no art. 42, II, “d” e “f” e III, da citada lei, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de R\$63.160,73, sendo R\$1.744,38, atualizada monetariamente, e R\$61.416,35, com respectivos acréscimos legais, prevista no art. 42, XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS