

PROCESSO - A. I. Nº 206930.0004/03-4
RECORRENTE - UNIÃO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0022-04/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 19/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0102-12/05

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Infração confirmada. **b)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Quanto ao produto medicamento, a base de cálculo para fins de retenção do imposto deve ser o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído, sugerido pelo fabricante. **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO ADICIONAL FUNDO ESPECIAL DE COMBATE À POBREZA. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a arguição de decadência. Indeferida a solicitação de diligência. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida pela 4ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/03 para exigir ICMS, no valor de R\$2.907.436,46, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto retido, no valor de R\$1.828.834,03, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado;
2. Retenção a menos do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, em virtude de erro na determinação da base de cálculo. Foi exigido imposto no valor de R\$1.073.850,53;
3. Falta de retenção do imposto, no valor de R\$4.751,90, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado de produtos supérfluos, referente ao ICMS Adicional Fundo Especial de Combate à Pobreza.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF Nº 0022-04/05, julgou, por unanimidade, o Auto de Infração procedente.

As preliminares de nulidade foram afastadas, sob a alegação de que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais previstas, não havendo erro ou vício capaz de o inquinar de nulidade, ao teor do art. 18, do RPAF/99. O ilustre relator fundamentou essa Decisão com os seguintes argumentos: o Termo de Início de Fiscalização e credenciamento dos autuantes estão presentes nos autos; a falta de informação referente à redução das multas não se constituiu em embaraço ao pagamento do Auto de Infração; o autuado teve a oportunidade de acostar aos autos

os arquivos magnéticos retificados; e, o sujeito passivo recebeu cópias de todos os demonstrativos, livros e documentos quando da realização da revisão fiscal.

Quanto ao mérito da lide, o ilustre relator assim se pronunciou:

No mérito, como o autuado apresentou sua impugnação englobando as três infrações, manteremos o mesmo procedimento em relação à análise das mesmas.

O sujeito passivo alegou que os autuantes incluíram em seu levantamento notas fiscais: destinadas a outros Estados, que não lhe pertenciam, destinadas a consumidor final e não enquadradas no regime da substituição tributária. Argumentou que o Convênio 76/94 sofreu uma redução da margem do valor agregado a partir de 05/2001, em razão da retenção do PIS/COFINS pelo fabricante, mas que os autuantes fizeram o cálculo da retenção com base no percentual de agregação vigente anteriormente, em alguns casos. Entende que a tabela de preços máximos, estabelecidas pelas indústrias, e consideradas pelos autuantes, contraria frontalmente as disposições contidas na Lei Complementar 87/96. Afirmou, ainda, que recebeu a comunicação a respeito da concessão do regime especial para retenção do imposto referente aos produtos elencados no Anexo 88 somente a partir de 22/01/01, e que inúmeras notas fiscais, objeto do levantamento, apresentavam retenção do imposto estadual, e que tais valores foram estornados quando do envio dos novos arquivos.

No entanto, da análise dos elementos constitutivos do PAF, bem como da diligência efetuada por fiscais estranhos ao feito, entendo que não assiste razão ao autuado pelos seguintes motivos:

- 1 - a redução de MVA para medicamentos a partir de 05/2001 foi corretamente considerada pelos autuantes;*
- 2 – efetivamente o recorrente deixou de observar as regras para a substituição tributária dos medicamentos adquiridos em outras unidades da Federação, ocasionando, assim, um recolhimento a menos do imposto devido. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é o valor correspondente ao preço constante da tabela sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor e na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme previsto no Convênio ICMS nº 76/94, e art. 61, I do RICMS/BA, atendendo, inclusive ao disposto no §3º, do art. 8º, da Lei Complementar nº 87/96. Na presente situação, cumpriu-se o disposto na Cláusula Segunda do mencionado Convênio, haja vista que foi utilizado o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelos estabelecimentos industriais;*
- 3 – o autuado não apresentou qualquer prova das suas demais alegações através de notas fiscais, alegando ter sido vítima de roubo em 23/11/2002, porém como bem observaram os diligentes, a auditoria fiscal realizada pelos autuantes abrangeu cinco exercícios, 01/01/1998 a 31/12/2002, e se o roubo ocorreu em 23/11/2002, o autuado deveria ter em seus arquivos físicos e ter apresentado as notas fiscais do período de 24/11/2002 a 31/12/2002. Ademais, no Termo de Início de Fiscalização (fl. 18) lavrado pelos Autuantes em 13/05/2003, consta que a empresa foi intimada e apresentou os Livros de Saídas e de Apuração do ICMS, tendo os autuantes constatado que o contribuinte não vinha escrutar corretamente o Livro de Apuração do ICMS-ST destinado ao Estado da Bahia. Naquela data a empresa não informou nem apresentou aos autuantes a ocorrência do roubo das notas e livros fiscais, tendo apresentado aos mesmos os referidos livros. No entanto, intimado pelos diligentes posteriormente, o autuado não apresentou os Livros de Saídas;*

- 4 – os diligentes verificaram através do sistema da SEFAZ denominado INC, a condição dos destinatários das 40 (quarenta) notas fiscais que o autuado alegou destinarem-se a consumidores finais, constatando que todas as notas fiscais apresentadas tiveram como destinatários contribuintes (normal, microempresa, empresa pequeno porte, ambulante) fato comprovado através dos dados cadastrais anexados às fls. 1164 a 1207 do PAF;
- 5 – em relação às cópias de 25 recibos que o autuado anexou ao processo denominado “Comprovante de Pagamento e Descontos”, às fls. 1151 a 1163 do PAF, alegando corresponder à devolução do ICMS-ST destacado nas notas fiscais e cobrado indevidamente dos destinatários, os quais, seriam consumidores finais, os diligentes verificaram que os mesmos não servem como prova de tais devoluções, com o que concordo, diante das seguintes constatações:
- a) no lado esquerdo inferior dos recibos está impresso a expressão “09/2003 – de nº 080.001 a 082.500”, que corresponde a data da impressão (setembro de 2003) e a seqüência numérica dos recibos. No entanto, todos os 25 recibos apresentados estão com datas de junho e julho de 1998 (fls. 1151 a 1163). Caso o autuado tivesse preenchido os citados recibos após setembro de 2003, seria o caso de se perguntar como o mesmo localizou as notas fiscais citadas nos recibos, se o sujeito passivo alegou que em 23/11/02, foi vítima de roubo, quando os ladrões levaram suas notas fiscais e CPU's dos exercícios de 1998 a 2002. Vale ressaltar que este foi o motivo alegado pelo autuado para não atender a intimação dos diligentes;
- b) ao pesquisar através do número da nota fiscal registrada em cada recibo no campo “sob título nº”, e do CNPJ ou do CPF correspondente, cadastrados na receita federal e encontrados nos arquivos magnéticos, verificou-se que 15 (quinze) destinatários são “contribuintes inscritos” comprovados pelos dados cadastrais (fls. 1208 a 1236), e os demais (dez), são contribuintes não inscritos, caracterizados pela assiduidade das compras realizadas. Os diligentes verificaram também que foram utilizados CPF's de outras pessoas diferentes dos destinatários identificados nos recibos (fls. 1237 a 1254);
- 6 – quanto à relação do CFAMT anexada pelo autuado, alegando que as notas fiscais ali constantes não foram emitidas por ele, mas que constam indevidamente nas planilhas de levantamento do débito tributário elaborada pelos autuantes, os diligentes constataram que do total das notas fiscais apontadas, apenas 17 (dezessete) constam nas citadas planilhas, sendo que todas as dezessete são destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS-BA, conforme comprovam os anexos às fls. 1255 a 1271;
- 7 - os arquivos magnéticos apresentados pelo autuado à fl. 998 em disquetes, como sendo arquivos revisados são os mesmos que foram entregues aos autuantes em CD durante a ação fiscal, conforme comparativos em anexos às fls. 1272 a 1276;
- 8 – ao contrário do que afirmou o contribuinte em sua defesa ao citar apenas um trecho da informação prestada pelos diligentes, estes últimos também constataram que nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado faltavam inúmeras notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo nos exercícios de 1998 a 2002 e destinadas a contribuintes situados no Estado da Bahia. Dessa forma, ficou evidenciado que os arquivos magnéticos utilizados no processamento pelos autuantes, correspondem de fato às operações de vendas realizadas pelo autuado e destinadas ao Estado da Bahia.
- 9 – quanto à relação anexada pelo autuado ao processo às fls. 319 a 320 e 324 a 380, onde afirma que se tratam de consumidores finais, também ao contrário do que afirmou o contribuinte em sua defesa ao citar apenas um trecho da informação prestada pelos

diligentes, os fiscais estranhos ao feito efetuaram exames e confirmaram que a alegação do autuado é infundada, pois se tratam na verdade de contribuintes inscritos, conforme documentos comprobatórios às fls. 394 a 424. Apenas os diligentes acrescentaram que a quase totalidade dos destinatários, que o autuado disse serem consumidores finais, são na realidade contribuintes inscritos, comprovados pelos dados cadastrais, sendo que os demais são contribuintes não inscritos, caracterizados pela assiduidade das compras realizadas. Constataram, ainda, que foram utilizados CPF's de outras pessoas diferentes das identificadas na relação (fls. 1277 a 1386).

Portanto, diante de todas as considerações acima elencadas, entendo que os fiscais estranhos ao feito analisaram de forma criteriosa, todos os procedimentos da ação fiscal, e concordo com a conclusão dos mesmos de que os levantamentos elaborados pelos autuantes espelham a verdade dos fatos. Ademais, o sujeito passivo em nenhum momento foi capaz de apresentar provas que elidissem as infrações levantadas no PAF pelos autuantes.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 11637 a 11688) e, inicialmente, discorreu sobre os princípios da verdade material, da inquisitoriedade e da tipicidade cerrada. Em seguida, fez uma sinopse acerca do andamento do presente processo administrativo fiscal, destacando em cada fase os fatos que entendia serem mais relevantes.

Após ressaltar que apenas eventuais omissões ou incorreções de natureza meramente formal são passíveis de saneamento, o recorrente suscita as seguintes preliminares de nulidade:

- 1) O Auto de Infração é nulo por cerceamento do direito de defesa, uma vez que não lhe foram entregues cópias impressas dos demonstrativos e documentos necessários à elaboração da defesa. Explica que, ao entregar os demonstrativos em arquivos magnéticos, os autuantes contrariaram o disposto no art. 46 do RPAF/99. Ressalta que só no dia 09 de setembro de 2004, recebeu cópia impressa dos citados demonstrativos. Cita jurisprudência para fundamentar sua argumentação.
- 2) O lançamento é nulo por falta de exatidão e certeza acerca de dados utilizados pelos autuantes nos demonstrativos elaborados. Afirma que a autuação está baseada em arquivos magnéticos inconsistentes fornecidos à SEFAZ-MG, tendo sido as inconsistências comunicadas à citada Secretaria da Fazenda antes do início da ação fiscal. Frisa que apresentou os arquivos magnéticos já retificados em 27/04/04. Para embasar sua alegação, cita Decisão proferida pelo Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo.
- 3) O Auto de Infração é nulo por inexistência de Termo de Início de Fiscalização válido. Diz que não assinou ou tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização acostado aos autos, o que torna inválido o referido Termo, conforme previsto no art. 28, I, do RPAF/99.
- 4) O lançamento é nulo em razão da falta de atendimento à expressa determinação contida no RPAF/99 acerca da constituição do Auto de Infração. Explica que não lhe foi informado que o débito tributário poderia ser pago com multa reduzida, nos termos do art. 39, VII, do RPAF/99.
- 5) O Auto de Infração é nulo por descumprimento de determinação expressa da 3^a JJF quanto à indicação de quem deveria analisar os arquivos magnéticos retificados. Explica que a diligência solicitada em 26/05/04 deveria ter sido cumprida por auditor fiscal lotado na ASTEC e, no entanto, foi realizada por auditores da IFEP. Diz que os auditores da IFEP se limitaram a ratificar o trabalho realizado pelos autuantes, sem fazer qualquer revisão fiscal.

Solicita a realização de perícia, a ser efetuada por auditor fiscal lotado na ASTEC, a fim de refazer os demonstrativos com base nos arquivos magnéticos apresentados em 27/04/04.

Ao adentrar no mérito, o recorrente suscita, como preliminar de mérito, a extinção do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/98 e 31/07/98 (infrações 1 e 2), por força da decadência, já que só tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em agosto de 2003.

Prosseguindo em suas alegações, o recorrente passa a enumerar os argumentos recursais conforme relatados a seguir.

1º Argumento (infração 1): Alega que, caso restasse caracterizada a infração, a multa mais adequada para o caso seria a prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, pois, os próprios autuantes na informação fiscal, datada de 15/09/03, admitiram que os documentos fiscais foram emitidos regularmente, havendo erro apenas na apuração dos valores do imposto a recolher.

2º Argumento (infração 1): Diz que não há provas nos autos de que o imposto lançado a título de “Outro ICMS” seria devido ao Estado da Bahia.

3º Argumento (infrações 1 e 2): Menciona que os autuantes não observaram o teor do “Acordo/Protocolo SEFAZ/GCECX”, firmado entre o recorrente e a SEFAZ-BA, com efeitos a partir de 22/01/01, relativamente ao recolhimento do ICMS nas vendas de produtos indicados no Anexo 88. Afirma que esse fato não foi considerado, apesar de ser do conhecimento dos autuantes, dos diligenciadores e dos julgadores da JJF.

4º Argumento (infração 2): Alega que houve ilegalidade na apuração da base de cálculo arbitrada pelos autuantes para os medicamentos. Após transcrever dispositivos da Lei Complementar nº 87/96 (art. 8º, §§ 2º e 3º) e da Lei nº 7014/96 (art. 23, §§ 2º e 3º), o recorrente assegura que, na falta de preço a consumidor final estipulado por órgão público, a base de cálculo passa a ser o preço final a consumidor, fixado ou sugerido pelo fabricante, desde que comprovadamente seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído. Frisa que não há nos autos comprovação de que, na apuração da base de cálculo, foi empregado o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído. Menciona que cabe aos autuantes, nos termos do art. 333, I, do CPC, provar que o recorrente não seguiu a determinação legal ao apurar o imposto. Solicita a nulidade da infração.

5º Argumento (infrações 1, 2 e 3): Afirma que os demonstrativos elaborados pelos autuantes e pelos diligenciadores contêm os seguintes equívocos:

- A Nota Fiscal nº 221336, referente ao mês de abril de 1998, não é de sua emissão. Frisa que essa nota fiscal foi citada apenas como exemplo.
- Não foi examinada toda a relação de destinatários que são consumidores finais (fls. 319/320 e 324/380). Ressalta que os diligenciadores da IFEP se limitaram a ratificar o trabalho dos colegas. Diz que quatro conclusões podem ser tiradas desses fatos: a solicitação da JJF não foi atendida nas diligências realizadas; os diligenciadores não fizeram qualquer revisão fiscal, apenas ratificaram o trabalho dos autuantes; os auditores constataram que a integralidade das notas fiscais não pode ser mantida, pois só “a quase totalidade” dos destinatários seria contribuinte do imposto; foi utilizada uma presunção não prevista em lei para caracterizar a condição de contribuintes segundo a assiduidade das compras realizadas.
- A listagem do CFAMT acostada aos autos comprovou que diversas notas fiscais não foram emitidas pelo recorrente. Após afirmar que não está questionando se as notas fiscais eram ou não destinadas a contribuintes do ICMS, frisa que as notas fiscais não são de sua emissão.

6º Argumento (infrações 1, 2 e 3): Solicita a realização de “Diligência/Perícia” a ser atendida por auditor fiscal da ASTEC, bem como por procurador pertencente à PGE/PROFIS. Indica como seu assistente técnico o senhor Maurício de Oliveira Pinheiro, analista de sistemas e contador, CPF nº 509.604.825-04, que deve ser intimado no endereço do advogado que subscreve o Recurso Voluntário. Apresenta quesitos a serem respondidos na diligência/perícia.

7º Argumento (infrações 1, 2 e 3): Afirma que as multas aplicadas, nos percentuais de 150% e 60%, têm a natureza de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal. Cita farta doutrina e artigo da Constituição Federal, tudo para embasar sua alegação.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo e, não obstante a nulidade, seja o mesmo julgado improcedente, nos termos do parágrafo único do art. 157 do RPAF/99. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive por meio de diligência/perícia, que mais uma vez requer.

A PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, opina pelo não acolhimento das preliminares suscitadas pelo recorrente, alegando que o autuado recebeu cópia dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, conforme fls. 1009 a 1013. Diz que a entrega dos demonstrativos após a lavratura do Auto de Infração não conduz o processo à nulidade, já que a empresa teve toda a oportunidade de se pronunciar. Aduz que está anexada, às fls. 17 a 18 dos autos, cópia do Termo de Início de Fiscalização, o qual revela que a ação fiscal foi iniciada de forma correta. Afirma que a falta de indicação das hipóteses de redução de multa não constitui requisito essencial à lavratura do Auto de Infração, pois o pagamento poderia ter ocorrido sem nenhum embaraço, já que as reduções estão previstas na legislação. Ressalta que, conforme fls. 1255 a 1271, a diligência solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal demonstrou que os disquetes apresentados posteriormente pelo autuado continham os mesmos dados dos disquetes iniciais, não havendo razão para a alteração dos demonstrativos e, caso os dados fossem diferentes, o recorrente deveria citar as divergências entre os disquetes para fins de comprovação, o que não foi feito.

Ao adentrar no mérito, a ilustre procuradora afasta a alegação de decadência, explicando que a legislação tributária estadual, respaldada no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual deve-se contar o prazo decadencial.

Afirma que o Acordo celebrado com a SEFAZ foi considerado no lançamento, pois a redução da MVA para medicamentos a partir de maio de 2001 foi observada pelos autuantes. Diz que as multas estão corretas, uma vez que os fatos descritos se ajustam às hipóteses legais, não havendo razão para a alegação de confisco. Assegura que a base de cálculo do ICMS por substituição tributária de medicamentos foi corretamente apurada, conforme o Convênio ICMS Nº 76/94. Frisa que as notas fiscais coletadas no CFAMT revelam que as mercadorias eram destinadas ao Estado da Bahia e, além disso, o recorrente não apresentou prova de que não as emitiu. Aduz que a diligência realizada comprovou que a grande maioria das notas fiscais era destinada a contribuintes inscritos. Frisa que os demais destinatários, em razão da habitualidade e assiduidade, podem ser considerados como se fossem contribuintes inscritos.

Afirma que o pedido de diligência deve ser indeferido, pois as questões a serem respondidas pela PGE/PROFIS já foram enfrentadas no presente Parecer e as questões técnicas já se encontram esclarecidas. Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Inicialmente, constato que as preliminares de nulidade suscitadas quando da apresentação da defesa já foram apreciadas e afastadas, com a devida fundamentação, na Decisão recorrida. Analisando o processo verifico que o entendimento da Junta de Julgamento Fiscal está coreto,

pois, efetivamente, o lançamento não contém vício capaz de o inquinar de nulidade. Considero, portanto, ultrapassadas as preliminares de nulidade levantadas pelo sujeito passivo na defesa.

Quanto às preliminares argüidas no Recurso Voluntário, passo a apreciá-las na mesma ordem em que foram suscitadas pelo recorrente:

Efetivamente, quando da notificação do lançamento, o recorrente não recebeu cópia em papel dos demonstrativos que integram o Auto de Infração. Contudo, essa falha processual foi devidamente sanada quando os autuantes, ao cumprirem a primeira diligência em 9 de setembro de 2004, entregaram ao recorrente cópia desses demonstrativos, reabrindo o prazo de defesa. Dessa forma, o vício formado foi saneado, não havendo nenhum cerceamento do direito de defesa. Não acolho, portanto, a primeira preliminar de nulidade.

A ação fiscal foi efetuada com base em arquivos magnéticos apresentados pelo recorrente após correção dos arquivos são os mesmos que foram apresentados aos autuantes. Os arquivos magnéticos são idôneos para embasar a autuação, pois o recorrente não comprovou que os dados neles contidos não são reais. Assim, entendo que não está caracterizada a alegação recursal de que o presente lançamento está baseado em dados inconsistentes e, portanto, não acato a segunda preliminar de nulidade suscitada.

Às fls. 17 e 18 dos autos, está anexada ao processo cópia do Termo de Início de Fiscalização, a qual foi colada ao livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências do recorrente. Considerando que esse livro pertence ao contribuinte e fica em seu poder, concluo que o recorrente estava ciente da lavratura do referido Termo. Todavia, é mister ressaltar que o Termo de Início de Fiscalização não é o único instrumento que serve para demarcar o início da ação fiscal e, ao teor do disposto no art. 26, III, do RPAF/99, o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos também serve para tal fim. Portanto, mesmo supondo que esse Termo de Início de Fiscalização não fosse válido, não haveria razão para a nulidade do lançamento, pois a falha seria suprida pelos Termos de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos acostados às fls. 164 a 170. Afasto, assim, a terceira preliminar de nulidade.

A legislação tributária estadual prevê que os débitos tributários estão sujeitos à redução da multa em função da data de quitação e essa previsão legal consta no demonstrativo de fl. 16, junto ao campo onde o recorrente apôs a sua assinatura. Além disso, como bem ressaltou a ilustre procuradora, “*a ninguém é dado desconhecer a lei, portanto, cabe ao contribuinte do Estado ter conhecimento das regras às quais está submetido*”. Assim, não acato a quarta preliminar.

A diligência solicitada pela 3ª JJF foi dirigida de forma equivocada à ASTEC, pois, conforme o art. 1º, II, “b”, da Portaria nº 1.290/99, as diligências e perícias determinadas pelo CONSEF, quando se tratar de contribuinte substituto localizado em outra Unidade da Federação, serão realizadas pela IFEP. Ademais, ressalto que o relator da Decisão recorrida acatou a diligência realizada pela IFEP sem opor qualquer objeção. Considero válida a diligência realizada pelos auditores fiscais lotados na IFEP e, portanto, não acato a quinta preliminar de nulidade.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, e em consonância com o opinativo da PGE/PROFIS, indefiro a solicitação de diligência ou de perícia, pois considero que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores e que as questões eminentemente jurídicas já foram respondidas no Parecer emitido pela PGE/PROFIS.

No mérito, afasto a alegação de decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período entre 01/01/98 e 31/07/98, pois a legislação tributária do Estado da Bahia fixa o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA).

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/98, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/03 para constituir o crédito tributário mediante o lançamento. No caso em tela, o crédito tributário foi constituído em 30/06/03, quando foi encerrada a ação fiscal. Portanto, quando foi lavrado o Auto de Infração, ainda não tinha se operado a decadência relativamente aos fatos geradores citados no Recurso Voluntário. O fato de o recorrente só ter sido notificada do lançamento em fevereiro de 2004 não quer dizer que o crédito tributário tenha sido constituído nesta data.

Quanto à multa aplicada na infração 1, no percentual de 150%, prevista no art. 42, v, a”, da Lei nº 7014/96, constato que a mesma está correta, pois a acusação feita ao recorrente no Auto de Infração foi de falta do recolhimento do imposto retido. Uma frase contida na informação fiscal, tomada isoladamente, ainda que refletisse o alegado pelo recorrente, não teria o condão de modificar o fato descrito no corpo do Auto de Infração. Não acolho, portanto, o primeiro argumento recursal.

No que tange ao segundo argumento do recorrente, verifico que o imposto exigido na infração 1 é o que foi retido e não recolhido pelo sujeito passivo, referente a operações de saídas de mercadorias destinadas ao Estado da Bahia, apurado com base nos arquivos magnéticos apresentados pelo próprio recorrente. Assim, não há dúvida que o ICMS que está sendo cobrado é devido ao Estado da Bahia.

Acerca do terceiro argumento recursal, é necessário frisar que o Acordo referente ao Regime Especial concedido ao recorrente pode ser alterado ou cassado a qualquer tempo, no interesse da Administração Tributária, inclusive nos casos de inobservância de quaisquer de suas cláusulas. No caso em tela, observa-se que o recorrente incorreu no grave ilícito fiscal de reter e não recolher o imposto pertencente ao Estado da Bahia. Portanto, não pode o recorrente alegar o “Acordo/Protocolo SEFAZ/GCEEX”, uma vez que ele não cumpriu a sua obrigação, deixando de recolher o imposto que foi retido.

Em relação ao quarto argumento recursal, ressalto que o art. 61, § 2º, I, do RICMS-BA/97, prevê que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é apurada de acordo com o Convênio ICMS Nº 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio 04/95 e inclusive quanto à redução da base de cálculo em 10%. Analisando as planilhas elaboradas pelos autuantes, verifico que o procedimento adotado foi correto, uma vez que, em relação a medicamentos, há preço máximo de venda a consumidor final sugerido pelo estabelecimento industrial e, nessa situação, a base de cálculo deve ser apurada de acordo com esses preços. Só se utilizaria o valor da operação, acrescido de fretes, seguros carretos, IPI e outros encargos, adicionando-se a MVA prevista, se não houve o preço máximo de venda a consumidor final. Assim, não houve a citada ilegalidade da exigência fiscal.

Quanto ao quinto argumento recursal, constato que os “equívocos” apontados pelo recorrente não estão caracterizados, conforme passo a demonstrar.

A Nota Fiscal nº 221336 consta no arquivo magnético entregue pelo recorrente e era destinada a um contribuinte localizado neste Estado, conforme fl. 310. Na defesa, nas manifestações posteriores e no Recurso Voluntário, o recorrente alega que essa nota fiscal não é de sua emissão, porém não traz qualquer prova dessa sua alegação. Assim, considero válido o que consta nos arquivos magnéticos entregues pelo próprio recorrente.

Com relação ao fato de que alguns poucos destinatários não serem contribuintes inscritos do ICMS, entendo que não assiste razão ao recorrente, pois, conforme explicam os autuantes e os diligenciadores, a habitualidade e o volume das aquisições são capazes de caracterizar os adquirentes como contribuinte do ICMS, nos termos do art. 36 do RICMS-BA. Dessa forma, a Decisão da JJF foi correta e não está a autuação embasada em presunção.

A listagem do CFAMT anexada pelo recorrente comprova que as notas fiscais ali consignadas foram emitidas pelo recorrente, conforme a inscrição estadual (39.315.865), constante às fls. 1067, 1077, 1105, 1113 e 1121. Como bem ressaltou a ilustre representante da PGE/PROFIS, as mercadorias consignadas nas notas fiscais arroladas nessa listagem circularam pelo país, entraram neste Estado e foram destinadas a contribuintes localizados na Bahia.

Relativamente ao sexto argumento recursal, indefiro a diligência ou perícia solicitada pelo recorrente, pois as duas diligências realizadas anteriormente já trouxeram aos autos elementos suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. A diligência é impossível de ser atendida, pois a alegação de extravio das notas fiscais impedem a realização da diligência. Ademais, o recorrente não acostou ao processo documentos capazes de comprovar as suas alegações.

No tocante ao sétimo argumento recursal, as multas indicadas na autuação estão corretas, pois são as previstas na Lei nº 7014/96 para as infrações que foram imputadas ao recorrente, não havendo assim o alegado caráter de confisco.

Em face do comentado acima, considero que as infrações estão caracterizadas e que foi correta a Decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, homologando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206930.0004/03-4, lavrado contra UNIÃO COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$2.907.436,46, sendo R\$1.466.302,22, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$293.864,22 e 150% sobre R\$1.172.438,00, previstas no art. 42, II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$1.441.134,24, acrescido das multas de 60% sobre R\$784.738,21 e 150% sobre R\$656.396,03, previstas nos incisos II, “e” e V, “a”, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS