

A. I. Nº - 210432.0003/06-0

AUTUADO - MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA.

AUTUANTES - LUCIANO SILVA MORAES

ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA

INTERNET - 27/05/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0150-03/08

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA. CONTRIBUINTE REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Autuado não atendeu a intimação no prazo regulamentar sujeitando-se a exigência de multa no percentual de 1%, prevista no artigo 42 XIII-A “g” da Lei 7.014/96. Excluído da autuação os períodos que não foram objeto de intimação. Infração parcialmente procedente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) RESSARCIMENTO NAS VENDAS PARA CONSUMIDOR FINAL. Comprovado nos autos que o impugnante apropriou-se indevidamente da diferença do imposto recolhido por antecipação tributária e o efetivamente pago nas operações de vendas destinadas a consumidor final. Infração comprovada. b) OPERAÇÕES AMPARADAS COM ISENÇÃO. A legislação estabelece a possibilidade de utilização de crédito fiscal relativas às mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por antecipação, quando a saída interna subsequente estiver amparada com isenção. Autuado não comprovou que se tratam exclusivamente de operações internas. Infração comprovada. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o autuado não possuía o Termo de Acordo necessário para reduzir a base de cálculo do ICMS. Reduzido o valor do débito em face de sentença definitiva de mérito em Mandado de Segurança contra o Estado. Infração parcialmente subsistente. 4. LIVROS FISCAIS. EXTRAVIO. CONTRIBUINTE REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Infração comprovada. Indeferido, o pedido de perícia. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2006, para exigir ICMS no valor total de R\$3.386.148,12, com aplicação da multa de 60%, e penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.841.510,22, pelas irregularidades abaixo descritas:

Infração 01- Deixou de fornecer arquivo magnético, mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas sendo exigida a multa de R\$2.384.150,22. Consta na descrição dos fatos que: “Por ser contribuinte do segmento atacadista que emite documentos fiscais e escritura livros fiscais através de sistema eletrônico de processamento de dados - SEPD, tendo deixado de cumprir com sua obrigação referente transmissão e apresentação dos Arquivos Magnéticos do SINTEGRA referente aos períodos de JUL/1999; SET/1999; JAN/2001 a DEZ/2001;

FEV/2002 a ABR/2002 e AGO/2005, além da constatação de inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos transmitidos referente aos períodos de JAN/2002 e MAI/2002 a OUT/2005 enviados com omissões de dados e divergências de informações conforme listagem diagnóstico apresentada ao contribuinte acostada às intimações em que relaciona os dados divergentes constantes entre os documentos fiscais e a informação contida no respectivo registro e campo próprio do arquivo magnético para o(s) documentos fiscais correspondentes, além das omissões de informações relativas a operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas não constantes dos arquivos apresentados, contrariando a previsão legal contida no Conv. ICMS 57/95 e recepcionada pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº 6.284 de 14/03/97 no seu TITULO IV, por meio do art. 683 a 712-C. Acrescentamos ainda que apesar de regularmente intimado, a falta de apresentação de todos os arquivos magnéticos, assim como a falta de correção das inconsistências dos arquivos apresentados impossibilitou a aplicação de roteiros de Auditoria de Levantamento Fiscal de Estoques, previsto no art. 936 do RICMS/BA, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários para a execução do trabalho programado, em virtude do grande volume de documentos e de itens decorrentes das operações de entradas e saídas de medicamentos realizadas pelo contribuinte que possui um sistema diferenciado de tributação diferenciado por Substituição Tributária Antecipação, com direito à resarcimento em condições específicas, contribuindo para o atraso na conclusão dos trabalhos.”

Infração 02- Utilizou crédito fiscal de ICMS indevidamente, nas saídas de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária para Hospitais, Clínicas ou Órgãos Públicos, com o valor da operação maior ou igual ao que serviu de base de cálculo para pagamento do imposto por antecipação, com ICMS exigido no valor de R\$1.950.058,43, sendo aplicada a multa de 60%. Consta na descrição dos fatos que: “Constatado mediante verificação fiscal em procedimento de auditoria em que constatamos que o contribuinte utilizou grandes valores de créditos fiscais indevidos lançados em sua escrita fiscal do Livro de Registro de Apuração do ICMS, sob a rubrica outros créditos e comunicados à SEFAZ-BA por meio dos processos nº 596753/2003-1 e nº 246115/2004-6 que resultaram na falta de recolhimento do valor do imposto devido conforme demonstrativos de apuração do ICMS da Antecipação Tributária levantado pelo próprio contribuinte, além dos débitos de sua conta corrente decorrente de operações regularmente escrituradas também pelo próprio contribuinte no livro de registro de apuração do ICMS, que correspondem aos valores dos débitos mensais do ICMS devido pelo contribuinte que deixaram de ser recolhidos ao Erário Público em razão de terem sido compensados com o crédito fiscal indevido, conforme restou comprovado e pode ser verificado na cópia dos processos acima identificados, cópia dos demonstrativos de apuração do ICMS Antecipação constantes no Anexo II, cópia dos Livros e Documentos que também se encontram em anexo.”

Infração 03- Utilizou indevidamente crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, sendo exigido o ICMS no valor de R\$1.052.277,12, sendo aplicada a multa de 60%. Consta na descrição dos fatos que: “Constatado mediante verificação fiscal em procedimento de auditoria em que constatamos que o contribuinte utilizou grandes valores de créditos fiscais indevidos lançados em sua escrita fiscal do Livro de Registro de Apuração do ICMS, sob a rubrica outros créditos e comunicados à SEFAZ-BA por meio dos processos nº 246116/2004-2 e nº 229771/2005-3 que resultaram na falta de recolhimento do valor do imposto devido conforme demonstrativos de apuração do ICMS da Antecipação Tributária levantado pelo próprio contribuinte, além dos débitos de sua conta corrente decorrente de operações regularmente escrituradas também pelo próprio contribuinte no livro de registro de apuração do ICMS, que correspondem aos valores dos débitos mensais do ICMS devido pelo contribuinte que deixaram de ser recolhidos ao Erário Público em razão de terem sido compensados com o crédito fiscal indevido, conforme restou comprovado e pode ser verificado na cópia dos processos acima identificados, cópia dos demonstrativos de apuração do ICMS

Antecipação constantes no Anexo II, cópia dos Livros e Documentos que também foram acostadas a este PAF.”

Infração 04- Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outra unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, sendo exigido o ICMS no valor de R\$383.812,57, com aplicação da multa de 60%. Consta na descrição dos fatos que; “Referente ao uso indevido da redução de Base de Cálculo em mais 18,53% prevista pelo Dec. 7.799/2000, em virtude de que a utilização de tal benefício está condicionada a celebração de Termo de Acordo específico com a assinatura do Diretor da DAT/Metro, que só ocorreu em 11/03/2005, sem previsão de retroação dos seus efeitos, hipótese não prevista na Legislação Estadual. Além disso, houve a revogação do Termo de Acordo em 27/06/2005 em função do descumprimento da Cláusula Segunda do referido Termo. Entretanto, considerando a concessão da Liminar em Ação de Mandado de Segurança nº. 750455-1/2005, a SEFAZ-BA reestabeleceu o multireferido Termo de Acordo a partir de 11/07/2005. Tudo conforme Demonstrativo constante no Anexo III e cópia de Livros e documentos que também foram acostadas a este PAF.”

Infração 05- Extraviou os seguintes livros fiscais : 04 Livros de Registro de Entrada de Mercadorias, referente aos exercícios de 1998, 1999, 2000 e 2001; 01 Livro de Registro de Saída de Mercadorias, referente ao exercício de 2000; 01 Livro de Registro de Apuração do ICMS, referente ao exercício de 2000; 01 Livro de Registro de Apuração do ICMS, referente ao exercício de 1998; sendo exigida a multa de R\$7.360,00.

Inconformado, o autuado por seu representante legalmente constituído (fls. 1470/1.526, Vol. VII), apresentou impugnação, alegando o seguinte:

Em preliminar de nulidade que o presente Auto de Infração fere os princípios constitucionais da legalidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, tendo em vista que as infrações 02 e 03 estão respaldadas nos procedimentos SIPRO de nºs 59675320031, 24611520046, 24611620042, 22977120053, sendo lavrado o Auto de Infração em 19/12/2006, dando ciência ao autuado somente em 29/12/2006, sendo que o ato só seria praticado em 03/01/2007. Entende que tal fato significa que a SEFAZ-BA, ainda não tinha emitido parecer sobre os comunicados do autuado, que desse suporte à decisão contida no lançamento de ofício, ora combatido, e, por isso, fundamentado em ato inexistente. Discorre sobre as atividades comerciais do autuado, e nas vendas de medicamentos destinados a Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos, tem o direito de obter o resarcimento do imposto em forma de crédito fiscal, por força de norma prevista no §6º do artigo 359 do RICMS-BA. Salienta que no período de 1997 a 2002, adotava como base para o resarcimento o valor da MVA fixada aos medicamentos comercializados, tendo sido lavrado pelo Fisco estadual três Autos de Infração exigindo o imposto com base em PMC, e que após quitados os débitos refez o procedimento utilizando para efeito de resarcimento o critério de PMC. Diz que durante o período ocorreram diversas ações fiscais de Monitoramento, comprovando a regularidade das suas operações. Assevera que comunicou a utilização dos resarcimentos através dos protocolos acima citados, e que só foi comunicado do indeferimento, para sua surpresa, após a lavratura do presente Auto de Infração em 09/01/2007, não facultando ao autuado o exercício do direito ao pleito rescisório, na substância do direito constitucional de petição e do recurso hierárquico. Quanto à infração 01, diz que o autuante apresentou três condutas distintas quanto aos arquivos magnéticos: deixar de transmitir, deixar de apresentar e transmitir com omissões de dados e divergências de informações, e, por isso, também está sujeito a penalidades por descumprimento de obrigações acessórias distintas, tipificado erroneamente, inobservando o disposto no artigo 42, XIII-A, alíneas “f” e “g” da Lei 7.014/96, que transcreveu. Entende que com este procedimento foi ferido o princípio constitucional da legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal. Reproduz ensinamentos do Professor Hely Lopes Meirelles e apresenta quadro demonstrativo sobre as condutas narradas pelo autuante, penalidades atribuídas, e aquelas efetivamente previstas em Lei à folha 1.480. Cita o artigo 150, LV e ensinamentos do Professor

Alexandre de Moraes, para fortalecer seu pedido de nulidade para a infração 01. Cita vícios da intimação lavrada pelo autuante mencionando o disposto no artigo 708-B e 42, XIII-A do RICMS-BA, afirmando que analisando as intimações apresentadas pelo autuante que foi intimado tão somente para apresentação no prazo regulamentar previsto no citado artigo do Regulamento os períodos de julho de 1999, setembro de 1999, alcançado pelo prazo decadencial, e janeiro de 2001 a dezembro de 2001, fevereiro de 2002 a abril de 2002, julho de 2005 e agosto de 2005. Sustenta que para sua surpresa foi lavrado Auto de Infração correspondente aos períodos de janeiro de 2001 a junho de 2006, englobando períodos em que o autuado não havia sequer sido intimado. Cita acórdãos do Conseg e artigo 18 do RPAF para robustecer suas alegações. No mérito, discorre sobre as infrações imputadas, e quanto à infração 01, aduz que estranha a acusação fiscal, uma vez que todos os arquivos foram transmitidos via Internet, ou encaminhados à Inspetoria Fiscal nos termos do artigo 708-A § 4º, que reproduz. Salienta que tal assertiva pode ser comprovada quando da lavratura do Auto de Infração nº 206930.0003/03-8, em que os autuantes declararam expressamente que o contribuinte entregou os arquivos magnéticos corretos, referente ao período compreendido entre janeiro de 2001 a janeiro de 2002, no mês de abril de 2002. Ressalta que em outro procedimento fiscal, foi lavrado o Auto de Infração de nº 151842.0026/02-9, a autoridade administrativa atesta que os arquivos magnéticos referentes aos exercícios de 1998 a 2001 foram devidamente fornecidos. Quanto ao arquivo magnético de agosto de 2005, diz que foi transmitido via internet, conforme cópia do recibo acostado aos autos, e verificação do banco de dados da Sefaz. Entende que a multa que deveria ser aplicada está prevista no artigo 42, XIII-A, alínea "i", do RICMS-BA, no valor de R\$1.380,00. Discorre novamente sobre o princípio da legalidade, lições do Professor Hugo de Brito Machado e artigo 97 do CTN. Com relação a não apresentação de arquivos magnéticos reproduz o artigo 42, XIII-A, alínea "g" da Lei 7.014/96, e que a imposição da multa de 1% sobre o valor das saídas representa um total desrespeito aos procedimentos fiscais estabelecidos na norma, uma vez que o autuante sequer promoveu a intimação para apresentação dos arquivos magnéticos. No que tange à transmissão de arquivos magnéticos do Sintegra com omissões de dados e divergência de informações, ratifica alegações anteriores sobre a confirmação de recebimento em outros procedimentos fiscais, e que até 14/02/2005, a entrega dos arquivos magnéticos e sua respectiva validação, nos termos do artigo 708-A, § 4º do RICMS-BA, vigente à época, caracterizava a consistência dos mesmos, haja vista que o § 6º desse mesmo artigo apenas foi introduzido no mundo jurídico naquela data através do Decreto nº 9.332/05, que reproduz. Diz que até 14/02/2005, a disciplina normativa restringia a validação apenas ao recebimento dos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD, e com o advento do Decreto 9.332/05, é que se incluiu a questão da necessidade de atendimento das exigências independentemente da entrega dos arquivos magnéticos. Reproduz o § 6º acrescentado ao artigo 708-A do RICMS-BA. Assevera que o princípio da irretroatividade tributária produz o caos da inseurança jurídica, reproduzindo entendimentos do tributarista Roque Carraza e que o autuante deveria exigir a multa prevista no artigo 42, XIII-A, alínea "f", da Lei 7014/96, no percentual de 5% do valor da divergência. Apresenta demonstrativo à folha 1.493, comparando a aplicação da multa exigida pelo autuante e aquela que entende correta. Diz que o fiscal autuou período que sequer foi objeto de fiscalização ao estender a exigência fiscal até junho de 2006. Reproduz o artigo 113, § 2º do CTN, dizendo que foi autuado por descumprimento de obrigação acessória nos períodos de 1999 a 2006, e que neste lapso temporal foram imputados quatro Autos de Infração, totalizando o montante histórico de R\$9.380.345,99 de imposto que foi devidamente quitado, além do recolhimento espontâneo de R\$ 24 milhões, sem desprezar o Auto de Infração objeto desta lide. Declara que o artigo 112 do CTN, já consolidou entendimento de natureza penal e consagra o princípio do "in dúvida pro contribuinte", que reproduz, além de ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho e Hugo de Brito Machado. Pede, por fim, se não atendidas as preliminares de nulidade, bem como a improcedência da autuação que seja aplicada a multa de R\$50,00 ao período anterior a 10 de julho de 2004 e a partir desta data a penalidade de R\$1.380,00, prevista no artigo 42, XXII, alínea "i" do mesmo dispositivo regulamentar. Observa, ainda, que não houve dolo, fraude ou simulação no descumprimento da obrigação acessória, citando o artigo 45 do

Coteb, para requerer o cancelamento total da multa aplicada. Reproduz Acórdão CJF 0010/11-04, e cita o artigo 150, II, da Constituição Federal que trata do princípio da igualdade tributária. Quanto aos itens 02 e 03 do presente Auto de Infração, aduz que em 30/12/2003, 30/12/2004, 30/12/2005, o autuado protocolizou na SEFAZ-BA através do SIPRO de nºs 59675320031, 24611520046, 24611620042, 22977120053, os respectivos comunicados em face da obrigatoriedade do artigo 101, § 1º do RICMS-BA, e que o Fisco, por inércia somente emitiu parecer final sobre os referidos procedimentos em 03/01/2007, indeferindo-os, tendo o autuado tomado ciência somente em 09/01/2007. Observa que em 19/12/2006, o preposto fiscal lavrou o Auto de Infração, ora guerreado, dando ciência somente em 29/12/2006, fundamentado em decisão que ainda não existia nenhum tipo de esclarecimento. Pede a nulidade destes itens fundamentado nas ofensas aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, citando o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, e ensinamentos de José Cretella Neto. Diz que outro dever jurídico inobservado foi o princípio da motivação, reproduzindo lições de Celso Antônio Bandeira de Mello. Discorre sobre ato inexistente com lições do referido jurista. Entende que falta coerência entre as datas em que foram praticados, ausência do pressuposto de validade do ato, por inobservar as formalidades instrumentais do mesmo, por carecer de motivação o ato de indicação das infrações 02 e 03, sendo nulo. Alega, também, que houve menção equivocada dos dispositivos legais, que não se enquadram na descrição das infrações. Diz que a argumentação empregada nos procedimentos da fiscalização afasta o direito ao ressarcimento na forma de crédito fiscal com base em alegações fáticas infundadas, despidas de comprovação, cujos pressupostos para sua existência não se verificam, bem como carentes de respaldo jurídico, tendo em vista que o autuado, grande contribuinte do ICMS estadual, sempre foi fiscalizado e monitorado anteriormente e nada foi constatado de irregular nos seus procedimentos contábeis e fiscais, que pudesse ensejar a caracterização de crime de sonegação fiscal. Salienta que fazem prova do alegado as cópias dos termos de ocorrência decorrentes de monitoramento, parecer intermediário da GESUT, declaração assinada pelo Secretário da Fazenda, Albérico Mascarenhas, comprovando a inexistência de má-fé ou dolo específico pelo autuado. Acrescenta que a alegação de ausência de recolhimento de ICMS-ST, apurado com base no PMC, não tem correspondência no mundo fático, especialmente em razão das diversas alterações de entendimento efetivadas pela própria SEFAZ, conforme Termo de Concessão de Regime Especial, Parecer Gecot 424/2002, e a suposta sonegação fiscal não têm correspondência com a fundamentação empregada. Assevera que eventuais incorreções nos procedimentos relativos ao ressarcimento do ICMS decorrente da comercialização de medicamentos para hospitais, clínicas e outros, ou a utilização equivocada de critérios para efetuação de ressarcimento de ICMS, por si só, não ensejam qualquer justificativa para inferir a prática de crime de sonegação fiscal ou negócios jurídicos simulados. Entende que a legislação tributária estadual, em nenhuma de suas previsões normativas, condiciona o direito ao crédito à autorização da repartição fazendária competente, após ultrapassado o prazo para manifestação, citando o § 1º do artigo 10 da Lei Complementar 87/96, e a autuação não logrou comprovar juridicamente o exato cumprimento dos artigos 368 e 374 do RICMS-BA. Declara que as multas aplicadas no decorrer das ações fiscais empreendidas, em que pesem serem elevadas, não se constituem naquelas punitivas de ilícitos penais tributários e os Autos de Infrações mencionados estão devidamente quitados ou com exibibilidade suspensa. Aduz que a partir desta afirmativa, tem-se como certo que o pagamento espontâneo, até mesmo após o oferecimento da denúncia criminal, elide totalmente qualquer cogitação de prática de crime de sonegação fiscal, e que a jurisprudência do STF sedimentou entendimento de que só a partir do encerramento da fase administrativa, pode-se promover a representação para fins penais de crimes contra a ordem tributária, citando o HC 85.329- SP, HC 87353- ES. Entende que se pode cogitar crimes de calúnia (art. 138 do CP), e excesso de exação (§ 1º do artigo 316 do CP), praticados pelo preposto fazendário quando da elaboração de seu “parecer”, e que em qualquer situação a empresa requerente jamais se furtou a apresentar qualquer documento fiscal ou comercial, aos prepostos fiscais. Quanto ao mérito da infração 02, diz que existe controvertida tensão jurídico-decisória sobre o alcance, efeitos jurídicos e termos de início e fim de contagem de prazo para utilização

do crédito fiscal decorrente da aplicação do princípio da não-cumulatividade constitucional, e que tal circunstância representa motivo de grave insegurança jurídica nas searas tributárias estaduais da Federação brasileira com os sucessivos e talvez intermináveis adiamentos do direito de crédito de aquisição de bens para uso e consumo (vide LC 122/06). Acrescenta que outra situação de incerteza, pelo menos na Bahia, é que a matéria - direito a crédito fiscal-, deixou de ser mero elemento de política tributária, transformando-se em instituto vinculado ao cumprimento de metas de arrecadação e previsão de receitas dos órgãos da Administração Financeira Estadual. Aduz que à vista dos atos e práticas administrativas de direito à utilização de crédito fiscal, a Administração Tributária Estadual Baiana tem dado diversas demonstrações de descumprimento a princípios constitucionais. Aduz que o autuante, para a tentativa de manutenção de sua estratégia fiscalizatória, utilizou-se da fundamentação constante nos Processos Administrativos nºs 0596753/2003-1, 0246115/2004-6, 0246116/2004-2 e 0229771/2005-3. Entende que além da absoluta irregularidade cronológica dos atos processuais, atacada mediante as preliminares antes argüidas, operou-se verdadeira ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, tanto porque se respalda em atos administrativos que não ocorreram, bem assim porque olvidou-se a necessidade de que a empresa pudesse exercitar o seu direito de petição, em grau administrativo hierárquico superior, por isso, diz, também, que resulta a nulidade do Auto de Infração em epígrafe, pois suportado em procedimento que conspurcou o direito da outra parte de oferecer inequívoca manifestação de inconformismo. Reproduz o artigo 353, II, item 13, do RICMS-BA, e cita o Convênio 76/94, salientando que o contribuinte autuado opera no ramo atacadista de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, comercializando seus produtos com destino a hospitais, clínicas, ambulatórios, prontos-socorros, casas de saúde e congêneres, assim como para órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal, tendo o imposto a eles relativo sido retido ou antecipado na operação imediatamente anterior. Acrescenta que os medicamentos adquiridos de outras unidades da federação que não figuram como signatárias do citado Convênio, situação que impõe ao autuado calcular e antecipar o imposto na entrada das mercadorias no território deste Estado, podendo com a anuência do sujeito ativo, recolher o tributo até o dia 09 do mês subsequente à entrada das mercadorias, referente à primeira quinzena e dia 25 referente à segunda quinzena, respectivamente, e que nesta circunstância, a forma de tributação aplicável é a técnica da substituição tributária, observando-se o princípio da não-cumulatividade. Assevera que, considerando-se a natureza atacadista do autuado e a finalidade de suas operações, para consumidor final, na maioria das vezes, os seus produtos são vendidos a preços bem inferiores aos utilizados para efeito da antecipação do ICMS. Transcreve o § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, introduzido através da Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993, que assegura ao sujeito passivo a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido, e que atento a esta situação, e com objetivo de atender a determinação do citado parágrafo da Constituição Federal, o Fisco Estadual Baiano criou a figura do resarcimento através do que prevê o § 6º do artigo 359 do RICMS/97 para as operações supra mencionadas, que transcreve. Entende que em razão do citado diploma legal, o defendant tem direito ao resarcimento diferença existente entre o valor base adotado para cálculo da retenção ou antecipação e o valor da operação que tiver realizado. Diz que procedeu da forma mencionada a partir do deferimento do Regime Especial, antecipando o ICMS acrescido da margem de valor agregado (MVA) e calculando o resarcimento nas operações onde o valor utilizado nas saídas fosse superior ao utilizado na antecipação ou retenção, e que neste período o resarcimento era a diferença do imposto calculado entre o valor das entradas acrescido da MVA e o valor base das saídas proporcionalmente. Salienta que para a sua surpresa foram lavrados Autos de Infração de números 206930.0003/03-8 de 31/03/2003, referente aos períodos de 01/1998 a 11/2002 e 151842.0026/02-9 em 30/09/2003, referente aos períodos de 05/1998 a 12/2001, ambos imputando recolhimento a menor e falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária referente a mercadorias oriundas de outras unidades da federação e recolhimento a menor em virtude de haver efetuado os cálculos da antecipação, utilizando a MVA, quando a legislação

determinava o emprego do preço máximo a consumidor determinado pelo fabricante (PMC). Afirma que se a empresa calculava o valor do ressarcimento pela diferença do imposto calculado entre o valor das entradas acrescido da MVA e o valor base das saídas proporcionalmente, e o Fisco autuou no mesmo período pela falta de antecipação, bem como pela aplicação da MVA quando a legislação previa PMC nada mais justo que o contribuinte refizesse os cálculos do ressarcimento, e que os referidos Autos de Infrações estão devidamente quitados conforme faz prova documento anexo VIII, assinado pelo então Secretário da Fazenda, Dr. Albérico Machado Mascarenhas. Ressalta que em fevereiro de 2002, através do Parecer GECOT 424/2002 que alterou o Parecer GECOT 755/98 fora autorizado ao contribuinte para que pudesse utilizar como base de cálculo do ICMS cobrado por antecipação, o preço de custo acrescido da MVA correspondente. Entende que não se pode olvidar que o prazo para que pudesse exercer o direito à utilização do crédito fiscal foi renovado pela própria Fazenda Estadual, a partir da mudança de critérios contidos nos Autos de Infração de nºs 206930.0003/03-8 e 151842.0026/02-9 de 31/03/2003 e 30/09/2003, respectivamente, e, sendo assim, procedeu a novo levantamento de ressarcimento, refazendo as planilhas referentes aos períodos autuados, levando-se em consideração o preço máximo sugerido pelo fabricante e abatendo do valor encontrado o valor já utilizado a título de ressarcimento, conforme fls. 185 a 516 do PAF. Assevera que diante dos fatos narrados, o deficiente levantou e utilizou os valores de ressarcimento no montante de R\$283.721,52, referente ao período de 1998 e de R\$2.774.098,07, referente ao período de 1999, e comunicou à Inspetoria de sua circunscrição fiscal através dos processos de nºs 596753/2003-1 e 246115/2004-6. Sustenta que posteriormente, em ação fiscal desenvolvida pelo Auditor Fiscal Luciano Silva Moraes, da qual resultou no Auto de Infração objeto desta lide, fora estornado os créditos fiscais retro mencionados, infração 02, sem embasamento legal e fazendo menção ao Parecer Final dos procedimentos de comunicação que sequer existiam na data da lavratura e ciência do Auto de Infração. Entende que não há que se falar em decadência do direito ao crédito, visto que o direito ao crédito nasceu com os lançamentos tributários realizados no ano de 2003, porque o direito ao crédito fiscal, para cumprimento do princípio da não cumulatividade tem assento constitucional, não havendo como a lei infra-constitucional, restringir onde a Constituição Federal não o fez. Acrescenta que ainda que se considere válida a norma do parágrafo único do artigo 23 Lei Complementar 87/96, o prazo para utilização do valor, iniciar-se-ia nas datas em que a Administração Tributária promoveu a mudança de critério (MVA para PMC), via Auto de Infração, no que concerne ao ressarcimento do ICMS substituição tributária, reproduzindo ensinamentos do Professor Hugo de Brito Machado. Transcreve o artigo 31 da Lei 7.014/96 e o artigo 93 do RICMS-BA para afirmar que em conjugação das normas, o prazo para promover a recuperação do valor do crédito de ICMS/substituição tributária quando o destinatário for hospitais, clínicas, e outros, é aquele previsto no parágrafo único do art. 31 da Lei 7.014/96. Declara que de forma implícita, em abuso à ampla defesa e ao contraditório, o autuante considerou que o prazo de 5 anos, contar-se-ia da protocolização do pedido de autorização para utilização do crédito, e que apenas com os Autos de Infração de nºs 206930.0003/03-8 e 151842.0026/02-9, que tiveram a quitação integral do ICMS é que restou patente a necessidade da empresa em creditar-se pelo critério do PMC, que representava grande diferença em termos de valores de créditos fiscais extemporâneos, e que assim, não se poderia aceitar que o direito ao crédito extinguir-se-ia com a emissão do documento fiscal, simplesmente, mas a partir da interpretação fornecida pelo próprio fisco estadual. Entende que à luz da inexistência de qualquer outra norma que discipline o direito ao crédito, a previsão normativa aplicável é justamente aquela constante do § 3º do artigo 93 do RICMS/97, e que esta norma dispõe que o direito ao crédito somente extingue-se após 5 anos, contados da data da emissão do documento fiscal ou da entrada da mercadoria no estabelecimento (§ 3º do artigo 93 do RICMS/97). Aduz que diante destas circunstâncias, em relação ao exercício de 1999, não se pode inferir a plausibilidade do afastamento, por decadência, pelo autuante, ainda que de forma implícita, do direito de crédito em relação ao período citado, e que o Auditor Fiscal, Guilherme Teixeira Rocha, em parecer intermediário, ressaltou a impossibilidade de cogitação de decadência quanto aos créditos do

contribuinte, relativo ao período de 1999, conforme anexo IX. Aduz que resta patente a idoneidade do crédito fiscal, em face do que antes foi explicitado. Quanto à infração 03, diz que o impugnante, também comercializa medicamentos quimioterápicos, utilizados para tratamento do câncer, isentos do ICMS, nas operações internas, conforme Convênio ICMS 34/96 e artigo 17, IV do RICMS-BA que transcreve. Salienta que os produtos quimioterápicos, são adquiridos de outros Estados pelo autuado, para serem comercializados em operações internas e interestaduais, ou seja, operações isentas e operações tributadas respectivamente, e que na condição de atacadista de produtos enquadrados na substituição tributária, adquiridos na sua maioria de Unidades da Federação não signatária do Convênio 76/94, como já frisado anteriormente, o defendantee obriga-se a antecipar o ICMS no momento da entrada do produto no estabelecimento. Aduz que no momento da entrada, o autuado desconhece a localização dos clientes das mercadorias abrigadas pela isenção do Convênio 34/96, e por se tratar de medicamento para uso não veterinário elencado no item 13 do inciso II do artigo 353 do RICMS, a empresa antecipa todas suas entradas de produtos enquadrados na substituição tributária e quando da realização de operações internas com produtos quimioterápicos, isentos de ICMS, calcula e efetua o estorno, reduzindo do ICMS a antecipação a recolher do período, o valor proporcional das antecipações dos quimioterápicos vendidos em território baiano. Diz que por um equívoco de sua Contabilidade, nos períodos anteriores a 2004, o contribuinte antecipava os produtos utilizados no tratamento do câncer e não recuperava a parcela proporcional do ICMS antecipado, vinculado às saídas internas ocorrida sob abrigo da isenção, e que procedeu ao levantamento referente ao exercício de 1999, vide fls. 517 a 593 do PAF, que resultou em valor a recuperar no montante de R\$508.598,15, comunicando o fato à Inspetoria de sua jurisdição através do processo nº 246116/2004-2. Assevera que, todavia, para espanto do contribuinte, em dezembro de 2006, foi lavrado Auto de Infração, e através da infração 03, estornado todo o valor de ressarcimento objeto do processo acima mencionado, segundo valores discriminados na folha 1.515 do PAF. Aduz que, além do estorno do ressarcimento retro, o autuante efetuou, sem embasamento legal, estorno de ICMS referente ao ressarcimento de ICMS pago por antecipação dos produtos quimioterápicos dos meses correntes, conforme anexo XI, os quais posteriormente foram objeto de saída com isenção, tipificadas no artigo 17, IV do RICMS, fato este que não tem nenhuma correlação com os ressarcimentos referentes ao período de 1999 objeto do processo de nº 246116/2004-2 e que o Auditor Fiscal misturou os valores utilizados através do processo de comunicação supramencionado que totalizam R\$508.596,10, com os valores utilizados nos meses correntes, conforme tabela acostada aos autos à folha 1.515/16. Sustenta que se o contribuinte antecipa o ICMS nas entradas das mercadorias, por não ter conhecimento se o produto na saída vai ser isento ou não, nada mais justo, que ocorrendo saídas subsequentes isenta, o valor antecipado proporcionalmente às saídas seja resarcido, abatendo-se do valor a recolher, e que as notas fiscais de entradas alusivas aos referidos produtos, que posteriormente saíram com isenção em operações internas, estão computadas no valor devido por antecipação no período de sua entrada. Salienta que o benefício da isenção prevista no Convênio ICMS 34/96, refere-se a medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer, que muitas vezes necessita ser prescrito em associação com outro medicamento de natureza não quimioterápica, abrigados, também, pelo instituto da isenção devido a sua finalidade, para que atinja plena eficácia. Com relação à infração 04, assevera que o autuado em 07/12/2004, solicitou à SEFAZ-BA, a redução da base de cálculo do ICMS em 18,53%, embasada pelos Decretos nºs 7.748/00 e 7.799/00, e que o fisco estadual somente manifestou decisão de concordância com a concessão do Regime Especial em 11/03/2005. Diz que atendia a todas as determinações legais para figurar como beneficiário da redução da base de cálculo, citando o artigo 901, § 3º, do RICMS-BA, e que decorrente do silêncio administrativo, surge o direito para o contribuinte de auferir o benefício fiscal desde a propositura do pedido, uma vez que atendidos os requisitos necessários previstos na norma instituidora. Entende que a inérvia administrativa do fisco estadual, além de ferir princípios constitucionais da legalidade, segurança jurídica e igualdade, veio a prejudicar as atividades comerciais do autuado. Cita ensinamentos dos Professores Hugo de Brito Machado e Acquaviva, pois estava evidenciado o “periculum in

mora", e que houve enriquecimento ilícito por parte do fisco estadual. Aduz que surpreendentemente em 04/07/2005, o referido Termo de Acordo foi revogado com a inverídica justificativa de que o contribuinte apresentava débito inscrito em Dívida Ativa, descumprindo a Cláusula Segunda do referido Termo de Acordo, e como aquele ato praticado pela Secretaria da Fazenda, foi, no mínimo absurdo, já que o fundamento apresentado não correspondia com a realidade da situação fiscal da empresa, uma vez que o autuado não possuía nenhum débito fiscal inscrito em dívida ativa, como pode ser facilmente comprovado, e, inconformado com a medida revogatória, socorreu-se de Mandado de Segurança, com finalidade de impugnar judicialmente a decisão administrativa revogatória. Destaca que em 04/07/2005, a 2^a Vara de Fazenda Pública de Salvador, acertadamente, deferiu a Liminar, determinando que o contribuinte não fosse excluído dos regimes especiais e que ao Fisco Estadual restou instado à decisão judicial, confirmada posteriormente em sentença. Afirma que, todavia, a exigência consubstanciada no Auto de Infração elencou período incluído na vigência da liminar, pois o lançamento de ofício refere-se aos meses de 12/2004 a 03/2005 e 06/2005 e 07/2005, quando, a liminar tinha vigência a partir de junho de 2005. Acrescenta que o benefício fiscal foi revogado administrativamente em 04/07/2005, e em contradição, o Auto de Infração promove o elenco do mês 06/2005 (período de vigência do próprio Termo de Acordo). Cita o artigo 330 do Código Penal para dizer que o fisco estadual não pode praticar um ato discricionário contrariando decisão judicial. No que tange à infração 05, aduz que se constata a presença do instituto da decadência duplamente, citando o artigo 34, VII, da Lei 7.014/96, e com isso, afirma que os livros fiscais encontravam-se à disposição do Fisco Estadual durante o lapso temporal descrito na mencionada Lei. Entende que apesar de os livros fiscais terem sido extraviados, o Fisco Estadual perdeu o direito de exigir do contribuinte a obrigação de guardá-los mesmos, uma vez que tal direito já havia decaído. Transcreve o princípio da legalidade e diz que o autuado após 05 (cinco) anos dos exercícios acima mencionados, já se encontra desobrigada de atender ao que determina a lei, no que concerne a obrigação acessória de "guardar os livros fiscais" em seu estabelecimento, e que não há que se falar em qualquer que seja a infração, pois o autuado em momento algum inobservou o que determina o diploma legal. Ressalta que mesmo tendo sido extraviados os livros fiscais, os mesmos já tinham sido examinados mais de uma vez, pela Unidade Fiscalizadora, em momento anterior, conforme fazem prova os termos de monitoramento acostados aos autos. Diz que a segunda forma de decadência presente na infração em exame é a decadência do direito de lançar o crédito, segundo preceitua o inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional, que transcreve e que o perdeu totalmente o direito de constituir o crédito tributário em face de autuado. Finaliza, requerendo preliminarmente a nulidade da autuação por ofender frontalmente ao devido processo legal, bem como aos princípios constitucionais anteriormente citados. Quanto à infração 01, suscita, também a nulidade por estar tipificada erroneamente, por conter vícios insanáveis como o de intimação, e, sobretudo por ter inobservado princípios constitucionais. No mérito pede a improcedência da infração 01 ou a procedência parcial, aplicando-se a multa menos gravosa ao contribuinte, com base no "princípio da dúvida in prol contribuinte", tendo em vista, que o autuante discorreu sobre três condutas distintas, que prevaleça o pensamento dominante da doutrina e aplique-se a penalidade menos severa, ou seja, quanto ao período anterior a 10 de julho de 2004, aquela do artigo 42, inciso XXII da Lei 7.014/96, R\$50,00 (cinquenta reais) e a partir desta data aquela prevista na alínea "i" do mesmo dispositivo legal, de R\$1.380,00(hum mil trezentos e oitenta reais) por mês. Quanto à infração 02, diz que por restar evidenciado que o ato praticado pelo preposto fazendário está eivado de nulidade, pois fortificado em ato inexistente, por faltar-lhe coerência entre as datas em que foram praticadas, por ausência do pressuposto de validade do ato, por inobservar as formalidades instrumentais do mesmo, por carecer de motivação, por estar tipificado erroneamente e, sobretudo por ferir os princípios constitucionais do Devido Processo legal, da Ampla Defesa e do Contradictório, é que requer que seja declarada a total nulidade desta infração, e no mérito, que seja a considerada totalmente improcedente pelas razões fáticas e jurídicas apresentadas, e, sobretudo pela completa idoneidade do resarcimento utilizado na forma de crédito fiscal. Quanto à infração 03, pede a

nulidade pelas mesmas razões da infração 02, e no mérito improcedente pelas razões fáticas e jurídicas apresentadas, e, sobretudo pela completa idoneidade do ressarcimento utilizado na forma de crédito fiscal. No que tange à infração 04, pede a improcedência por figurar o contribuinte como beneficiário da redução fiscal, de acordo com os dispositivos legais de que tratam o assunto e, sobretudo pelo fato do ato praticado pelo preposto fazendário ser totalmente descabido. Com relação à infração 05, a improcedência por ter se operado duplamente, o instituto da decadência, e, sobretudo por ter desrespeitado o princípio da legalidade, entre outros previstos constitucionalmente. Requer a realização de diligência ou perícia fiscal, a produção de provas com a finalidade de averiguar a veracidade das informações apresentadas pelo impugnante. Ressalta que se faz imprescindível a realização da sobredita diligência ou perícia fiscal, devido ao fato da empresa ter um volume de mais de 30.000 documentos fiscais/ano, portanto sendo inviável o apensamento dos mesmos na presente peça impugnatória.

O autuante, por sua vez, produz informação fiscal às folhas 1.691/ 1.701 (Vol. VIII), discorrendo inicialmente sobre a autuação e alegações defensivas. Argui que afasta a argüição de nulidade, suscitada pelo autuado, em razão de terem sido observados todos os dispositivos legais que regulam tanto o procedimento como o processo, pois as infrações estão devidamente caracterizadas, sendo possível determinar sua natureza, o autuado e o montante do débito tributário, constando nos demonstrativos de débitos das infrações elaborados pelo fiscal autuante a reprodução fiel do teor dos fatos verificados acompanhados das provas necessárias e suficientes à demonstração do fato arguido. Assevera que o autuado inicia a defesa, reconhecendo e afirmando que de fato utilizou créditos de ressarcimentos, destacados em Notas Fiscais de ressarcimento que acompanharam os respectivos "comunicados" à Administração Tributária protocolados sob os nºs 596753/2003-1, 246115/2004-6, 246116/2004-2 e 229771/2005-3, implicando por consequência na falta de recolhimento do imposto no valor equivalente aos valores dos créditos indevidos efetivamente compensados em cada período de apuração do ICMS, conforme comprova por meio da cópia do livro de Registro de Apuração do ICMS, constante às fls. 673 a 893 deste processo. Diz que o autuado, em seguida não questiona o mérito da improcedência dos créditos utilizados indevidamente de acordo com as "comunicações" acima identificadas e constantes deste PAF. Aduz que o histórico do contribuinte, demonstra que o mesmo pode ser considerado reincidente específico por já ter incidido em prática constante de sonegação de uma mesma infração por mais de duas vezes, adotando a prática de ilícitos fiscais que podem ser caracterizados como prática de crime contra a ordem tributária que tem sido punida no âmbito da Administração Tributária Estadual por meio da lavratura de diversos Autos de Infração identificados pelos nº 207104.0011/00-3, referente à exigência de imposto sonegado no valor histórico de R\$ 445.457,03, por ter recolhido imposto a menos em razão da utilização indevida da Margem de Valor Agregado - MVA ao invés do critério do Preço Máximo de Venda a Consumidor - PMC para os cálculos da antecipação tributária; nº 207104.0009/01-7 referente a exigência de imposto sonegado no valor histórico de R\$ 1.026.034,60, por ter recolhido imposto a menos por ter utilizado indevidamente MVA ao invés do PMC para os cálculos da antecipação tributária; nº 151842.0026/02-9 que reclamou o recolhimento de ICMS no valor histórico de R\$ 2.671.368,82 decorrente da omissão de registro de Notas Fiscais de entradas de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto por substituição tributária, além de ter recolhido imposto a menos por utilização indevida de MVA ao invés do PMC para os cálculos da antecipação tributária; e o Auto de Infração nº 206930.0003/03-8, que exigiou imposto decorrente da omissão de registro de Notas Fiscais de entradas de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto por substituição tributária, redundado em omissão de recolhimento do ICMS por antecipação tributária no valor histórico de R\$5.237.485,24. Sustenta que contraditoriamente com as alegações contidas no item anterior o defendantre reconhece que foi autuado por diversas vezes, entretanto comete um grande equívoco de afirmar que quitou os respectivos débitos para com a Fazenda Pública, pois os Autos de Infração acima identificados encontram-se respectivamente inscritos na Dívida Ativa e Ajuizados sob os nºs 03336-17-1131-06 e 140061111 -121, 03335-17-1130-06 e 1400611119700 e 03713-17-1904-05, e que sendo assim, apesar de efetivamente não ter quitado os

referidos débitos, passou a refazer o cálculo de valores dos supostos resarcimentos que foram lançados e utilizados indevidamente em sua escrita fiscal para reduzir os valores do imposto devido a ser recolhido. Salienta que o autuado afirma ainda, às fls. 13 de sua defesa e respectivamente às fls. 1882 deste PAF, que "apenas e tão somente" a teria sido intimada para apresentação dos arquivos referentes aos períodos de Julho/1999, Setembro/1999, Janeiro/2001 a dezembro/2001, Fevereiro/2002 a Abril/2002, Julho/2002 e agosto/2005 apesar das várias intimações acostadas a este PAF às fls. 18, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 31, 32, 33, a 36, 39, 44, 46, e alega que jamais se furtou a apresentar qualquer documento fiscal ou comercial aos prepostos fiscais, apesar de ter sido por diversas vezes intimado para apresentação de livros, documentos e arquivos magnéticos, conforme Termos de Intimação constantes às fls. 17, 19, 24, 25, 26, 29, 30, 37, 38, 40, 42, 43 e 45 deste PAF, só vindo a declarar a impossibilidade de atender às intimações da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em 30/12/2005 e 18/12/2006, conforme declarações acostadas às folhas 166/167 deste PAF. Quanto ao pedido de cancelamento da multa aplicada no item 01 deste processo, diz que restou comprovado que o autuado efetivamente não atendeu as diversas intimações para apresentação dos arquivos magnéticos, além de não atender a nenhum dos requisitos previstos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Acrescenta que em relação ao item 01 deste PAF, informa que apesar de regularmente intimado por várias vezes para apresentação dos arquivos magnéticos do SINTEGRA que o contribuinte estava obrigado a fornecer por ter solicitado e obtido autorização para uso de "Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD" para escrituração de livros (artigo 683, inciso II do RICMS/BA) e por ter solicitado e obtido autorização para uso de "Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD" para emissão de Notas Fiscais (art. 683, inciso I do RICMS/BA), deixou de cumprir com sua obrigação de transmitir arquivos magnéticos para os períodos omissos, assim como deixou de retransmitir arquivos magnéticos consistentes para corrigir as inconsistências verificadas nos arquivos originalmente transmitidos com inconsistências de dados identificadas conforme Listagem Diagnóstico do SVAM indicativa das irregularidades verificadas e entregue ao contribuinte acostada às intimações supra mencionadas, em que relaciona os dados divergentes constantes entre os documentos fiscais e a informação contida no respectivo registro e campo próprio do arquivo magnético para os documentos fiscais correspondentes contrariando a previsão legal contida no Conv. ICMS 57/95 e recepcionada pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº 6.284 de 14/03/97 no seu TITULO IV, por meio do arts. 683 a 712-C. Acrescenta que a falta de apresentação dos arquivos magnéticos contendo a correção das inconsistências identificadas impossibilitou a aplicação de roteiros de Auditoria de Levantamento Fiscal de Estoques, previsto no artigo 936 do RICMS/BA, além de prejudicar a realização dos demais procedimentos e roteiros de auditoria necessários para a execução do trabalho programado, principalmente em razão da necessidade de validação de altos valores de crédito fiscal constante em grande volume de documentos que se referem a aquisição de diferentes itens que precisaram ser verificados de forma manual, documento a documento, gerando prejuízo ao Erário pela necessidade de prorrogação dos trabalhos para então promover a conclusão dos trabalhos de fiscalização. Diz que a autuação está em conformidade com as intimações acompanhadas dos demonstrativos das inconsistências anexas, Termo de Prorrogação, Petições do contribuinte e relatório do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM, tendo resultado na apuração da Base de Cálculo conforme demonstrativo constante aos autos, nos termos do artigo 915, XIII-A, "g", do RICMS. Quanto ao mérito em relação a este item 01, aduz que o artigo 686, I; III-A e IV, do RICMS/97 prevê que o contribuinte de que trata o art. 683 (o autuado se enquadra nesta previsão legal) está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, o arquivo magnético com registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, na forma estabelecida no Anexo 64 e neste Capítulo (Convênios nos ICMS 57/95, 75/96 e 66/98, 33/99), por totais de documento fiscal e por item de mercadoria. Reproduz o artigo 708-A, § 2º, 4º, 5º e 6º do RICMS-BA, para fortalecer suas alegações, como também os itens do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Convênio ICMS 57/95, que transcreve. Afirma que o artigo 708-B do RICMS-BA, acrescentado pela

Alteração nº 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/00, DOE de 30 e 31/12/00), efeitos a partir de 30/12/00, resguardou os interesses da Fazenda Estadual ao prever que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos, sendo que o arquivo magnético, deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte (inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação, e que no caso em lide, apesar de regularmente intimado o autuado deixou de apresentar os arquivos magnéticos, referente aos períodos de Julho/99, Setembro/99, Janeiro/2001 a Dezembro/2001; Fevereiro/2002 a Abril/2002, que não haviam sido anteriormente entregues conforme se constata por meio de consulta ao Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos da SEFAZ - SCAM, além de também ter deixado de apresentar os arquivos magnéticos referente ao período de Janeiro/2002 e Maio/2002 a Junho/2006, que já haviam sido anteriormente apresentados com inconsistências, motivo pelo qual o autuado foi regularmente intimado para correção das inconsistências verificadas no arquivo magnético, tendo sido anexada a listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, "check-list", à via da intimação entregue ao contribuinte, conforme está descrito no Auto de Infração. Assevera que para as infrações relacionadas com processamento de dados, notadamente arquivos magnéticos, existem 3 (três) multas previstas no art. 42, da Lei nº 7.014/96, 2 (duas) específicas, que são as expressas no seu inciso XIII-A, alíneas "f" e "g", e uma geral, que se encontra no inciso XX, lembrando sempre que a regra específica é hierarquicamente superior à regra geral, que somente será utilizada se ultrapassada a primeira. Quanto ao enquadramento para aplicação da multa, informa que procedeu de acordo com a orientação gerencial OG-GEAFI-FISC-00312005, disponibilizada em 17/06/2005, pela Gerência de Automação Fiscal – GEAFI, que reproduz à folha 1.998. Entende que é incontestável a infração ao art. 708-B do RICMS-BA, porque o contribuinte, intimado por diversas vezes não apresentou o seu arquivo magnético com os dados consistentes referentes aos itens de mercadorias (Registros Tipo 54 e 75), que está devidamente caracterizada através dos relatórios estatísticos dos arquivos do contribuinte (fls. 47 a 165), o que leva à procedência da autuação, e que no presente caso, o autuado confunde a obrigação de fornecer à fiscalização os arquivos magnéticos quando intimado, com a obrigação de envio do mencionado arquivo via SINTEGRA em prazo anterior à intimação. Sustenta que o autuante intimou o contribuinte para o fornecimento dos arquivos que foram objeto desta autuação em razão de ter constado em sua ação fiscal que havia inconsistência nos dados dos arquivos transmitidos, pela ausência de documentos e registros previstos pela legislação pertinente, contrariando assim as disposições do Convênio ICMS 57/95 que regula a matéria, além da constatação da falta de transmissão de arquivos referente a muitos outros períodos, conforme consta das intimações, e que consultando o Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos - SCAM, verificou que o contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos previstos no Convênio 57/95 do SINTEGRA, relativos aos períodos de jul/1999, set/1999, jan/2001 a dez/2001 e fev/2002 à abr/2002, assim como não apresentou informações referentes ao Registro 70, que deveria conter os dados dos serviços de transportes pagos pelo contribuinte, referente aos períodos de jan/2003 a out/2004, dez/2004 a abr/2006: não apresentou as informações referentes aos Registros 74 que deveriam conter os dados dos inventários relativos aos períodos de jan/2002, dez/2002, jan/2003; dez/2003, jan/2004, dez/2004, jan/2005, dez/2005 e jan/2006, não informando também os dados referentes aos Registros 75 que deveriam conter os registros de identificação dos itens de mercadorias comercializadas pelo contribuinte referente aos períodos de JUL/2004, SET/2004 a DEZ/2004, estando assim, em desacordo com a legislação estadual e orientações contidas no OC-GESEC-001/2002, item 5. Declara que dessa forma, o autuado foi regularmente intimado, conforme Termos de Intimação acostados aos autos, deixando de apresentar os respectivos arquivos magnéticos na forma e prazo regulamentar, cometendo assim uma flagrante infração ao artigo 708-B, do RICMS/97, já citado. Entende que quanto ao pleito de enquadramento da multa prevista no inciso XX, do art. 42, da Lei

nº 7.014/96, não pode ser utilizada, porque, como já dito, a regra específica derroga a geral, e, neste caso, a multa aplicada se enquadra perfeitamente na tipificação da infração. Diz que efetivamente o autuado deixou de fornecer arquivos magnéticos, apesar de regularmente intimado por mais de uma vez, e que desse modo, resta comprovado que apesar da omissão do contribuinte, insistiu para obter os arquivos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal, observando os requisitos previstos na legislação pertinente, não violando o princípio do devido processo legal e não maculando de nulidade a exigência fiscal, pois os fatos estão narrados de forma clara e precisa, com enquadramento legal e aplicação de multa correta. Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa, está claramente evidenciado neste processo que a fiscalização apurou a falta de recolhimento de imposto pelo autuado que se utilizou da prática de atos que podem ser caracterizados como crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, com indícios de fraude e simulação em razão dos motivos detalhadamente apresentados às fls. 275 a 277, 279 a 285, 314 a 315, 317 a 326, 532 a 540, 652 a 660 deste PAF, além das cópias de Demonstrativos de Antecipação Tributária que comprovam a fraude na totalização a menor dos valores de ICMS-ST a recolher referente aos períodos de Junho a Agosto de 1999, constante às fls. 1297 a 1324. Assevera que não estão presentes nenhum dos requisitos previstos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, e que o entendimento acima esposado é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros Acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos destacar os Acórdãos CJF nº 0047-11/04, CJF nº 0022-1205, CJF nº 0028-12 05 e CJF nº 0093-12/05, 0336-11105. Com relação aos itens 2 e 3 observa nos autos que o autuado apesar de estar de posse de todos os demonstrativos e levantamentos realizados, na execução dos trabalhos de fiscalização, e constantes deste PAF, argumenta que o preposto fiscal tomou como base "ato inexistente" para fundamentar a cobrança dos créditos indevidos efetivamente utilizados para reduzir o valor do imposto devido a ser recolhido pelo autuado, e que, se equivoca, haja vista que nos demonstrativos anexados aos autos, cuja cópia o autuado obteve no ato da ciência da autuação, e na informação fiscal datada de 13 de dezembro de 2007, às fls. 317 a 326 deste PAF, que já informava sobre a lavratura do presente Auto de Infração em razão de que o exercício das atividades de fiscalização é plenamente vinculado à aplicação da norma tributária pertinente aos fatos geradores praticados pelos contribuintes fiscalizados, sendo competência e dever do Auditor Fiscal responsável por esta auditoria, proceder à lavratura do competente Auto de Infração para exigência do imposto, acréscimos e multas devidos pelas infrações verificadas após a realização dos procedimentos de verificação fiscal que resultaram na constatação das irregularidades, exaustivamente descritas acima, referentes à utilização indevida do crédito fiscal de resarcimento de ICMS Substituição Tributária, sendo assegurado ao sujeito passivo o direito de ampla defesa via esfera administrativa; aduzida por escrito e acompanhada de todas as provas que tiver desde que produzidas na forma e prazos legais. Diz que esta autuação visa a cobrança do imposto que deixou de ser pago porque o autuado, ao valer-se da hipótese de resarcimento prevista no § 6º do artigo 359 do RICMS/97, contemplada no Regime Especial acordado com a SEFAZ, utilizou-se de créditos indevidos que efetivamente não teria direito. Sustenta que já houve exaustiva análise do mérito nas intimações contidas às fls. 279 a 285, 317 a 326, 532 a 540, 652 a 660 dos autos, que inclusive apresentam indícios da prática de fraude, falsidade ou simulação de um ato com aparência jurídica normal, mas que na verdade, não visa o efeito que juridicamente deveria produzir, conforme cita como exemplo, os demonstrativos elaborados pelo autuado, de apuração de ICMS a recolher oriundo da Antecipação -ST pela entrada de medicamentos, referente aos períodos de Junho/99 a Agosto/99, constantes às folhas 1297 a 1324 deste PAF, em que o valor do ICMS a recolher e efetivamente recolhido, indicado no campo do demonstrativo reservado para soma dos valores de ICMS devido de cada nota fiscal de entrada constante nas linhas do demonstrativo não está em conformidade com o valor real da soma destes valores conforme pode ser observado pela cópia da fita detalhe da soma de todas as linhas também acostados aos autos. Lembra ainda, que o autuado não traz aos autos qualquer elemento que evidencie a existência de equívoco, por parte do autuante na elaboração do levantamento procedido, o que demonstra

apenas o caráter protelatório da defesa, restando comprovado o "equívoco" do defendant ao utilizar procedimento diverso para fundamentar a utilização dos créditos indevidos efetivamente lançados em sua conta corrente fiscal. Já em relação ao item 04 deste Auto, referente ao uso indevido da redução de Base de Cálculo em mais 18,53% prevista pelo Dec. 7.799/2000, em virtude de que a utilização de tal benefício está condicionado à celebração de Termo de Acordo específico com a assinatura do Diretor da DAT/Metro, que só ocorreu em 11/03/2005, sem previsão de retroação dos seus efeitos, hipótese não prevista na Legislação Estadual, e que, além disso, houve a revogação do Termo de Acordo em 27/06/2005 em função do descumprimento da Cláusula Segunda do referido Termo. Aduz que, entretanto, considerando a concessão da Liminar em ação de Mandado de Segurança nº. 750455-1/2005, a SEFAZ-BA reestabeleceu o multireferido Termo de Acordo a partir de 11/07/2005, tudo conforme demonstrativo constante no Anexo III e cópia de livros e documentos que também foram acostadas a este PAF. Em relação ao item 05, pela falta de apresentação dos livros e documentos necessários à devida comprovação de regularidade da escrituração e idoneidade dos documentos fiscais referente aos períodos que supostamente serviram de base para utilização dos créditos indevidamente utilizados, sob alegação de extravio conforme "declaração" do defendant constante às fls. 166 e 167, que por si só já é suficiente para justificar esta cobrança. Diz que apesar de o autuado afirmar que não concorda com este Auto de Infração, em sua defesa não foram apresentados elementos para contrapor os dados da exigência fiscal, e que deve ser considerado procedente o levantamento fiscal, haja vista que as alegações defensivas são insuficientes para elidir a exigência fiscal. Entende que a sistemática adotada pelo autuado demonstra um total descaso em cumprir as regras regulamentares para as suas obrigações principais e acessórias. Conclui, mantendo integralmente a ação fiscal.

Esta 3^a JJF, converteu o presente processo em diligência à ASTEC, para que o diligente adotasse as seguintes providências, com relação à infração 04, (fls. 1.703):

"Considerando que o autuante exigiu imposto nos meses de março, junho e julho de 2005, período em que o autuado estava amparado pelo Termo de Acordo. Esta JJF decidiu converter o presente PAF em diligência para a Infaz de origem, objetivando que o autuante adote as seguintes providências:

- 1- Informar se nos valores exigidos correspondentes aos referidos meses, em que o autuado estava amparado pelo benefício fiscal em razão da concessão do Termo de Acordo estão incluídos os seguintes períodos:

11/03/2005 a 31/03/2005- Contribuinte amparado pelo Termo de Acordo

01/06/2005 a 27/06/2005- Contribuinte amparado pelo Termo de Acordo

04/07/2005 a 31/07/2005-Contribuinte amparado por liminar e restabelecimento do Termo de Acordo.

- 2- Na hipótese de terem sido incluídos valores no demonstrativo do débito elaborado pelo autuante à folha 04, o autuante deverá elaborar novo demonstrativo de débito identificando o montante efetivamente recolhido a menos pelo impugnante.

Após as providências adotadas, a Inspetoria Fazendária da Indústria, deverá intimar o autuado e o autuante para tomar conhecimento do resultado da diligência requerida, reabrindo o prazo de defesa em 30 dias, para que, querendo, se manifeste."

A diligente da ASTEC, produziu o Parecer Astec 148/2007, dizendo que efetuou o exame das planilhas apresentadas pelo autuante, constatando à folha 672, sendo discriminadas de forma sintética por mês. Aduz que, entretanto, com o objetivo de cumprir a diligência requerida com a exclusão dos valores incluídos indevidamente nos referidos cálculos, não localizou o demonstrativo de cálculo elaborado pelo autuante, que deveria comprovar e vincular a infração cometida com o montante do imposto exigido, quando da lavratura do Auto de Infração.

Acrescenta que em razão de constar nos autos apenas as planilhas mensais de cálculos da Antecipação Tributária elaboradas pelo autuado para apuração do imposto a recolher, é necessário que o autuante apresente o demonstrativo analítico dos cálculos com o valor apurado e exigido através da infração 04. Conclui, dizendo que não foi possível realizar a diligência, eis que não consta dos autos, nem no arquivo magnético acostados ao presente Auto de Infração, o demonstrativo analítico que serviu de base para apuração do imposto à folha 672.

A DAT METRO, intimou o autuado para tomar conhecimento do teor do Parecer produzido pelo diligente da ASTEC, concedendo o prazo de 10 dias para sua manifestação (fl. 1.709).

O autuante, produziu informação fiscal (fl. 1.713), dizendo que atendendo o pedido constante do Parecer Técnico da ASTEC de nº 148/2007, juntou aos autos os demonstrativos analíticos dos cálculos onde consta o valor do imposto apurado e exigido através da infração 04.

O autuado apresentou manifestação às folhas 1.725/1.737, discorrendo inicialmente sobre o teor do Parecer Técnico da ASTEC de nº 148/2007. Reproduz o artigo 5º, LV da CF/88, conceituando o princípio do contraditório. Afirma que o referido princípio está fundamentado na manifestação de que todos os atos e termos processuais (ou de caráter procedural), seja na seara judiciária ou na esfera administrativa, devem primar pela ciência bilateral das partes, sobretudo, com a devida clareza de informações no que atine aos atos praticados, bem como pela possibilidade de tais atos serem contrariados. Transcreve ensinamentos de Vicente Greco Filho, sustentando que é vedado ao fisco realizar o lançamento de crédito tributário com insuficiência de informações, imprecisão da base de cálculo, entre outras irregularidades, imputando ao contribuinte uma infração a qual não se sabe o que está sendo verdadeiramente apurado, inclusive cerceando-lhe o direito de defender-se das alegações que lhe foram indevidamente atribuídas. Discorre, também, sobre o princípio da ampla defesa, e ensinamentos do Mestre Alexandre de Moraes, que transcreve. Pede a nulidade da infração 04, reproduzindo o artigo 142 do CTN, dizendo que o autuante realizou o lançamento do crédito tributário com imprecisão da base de cálculo, conforme declarado pela diligente da ASTEC. Reproduz o artigo 112 do CTN, argüindo que o julgador deve utilizar o princípio do "*in dúvida pró contribuinte*", como também transcreve o artigo 18 e 46 do RPAF-BA. Diz que o lançamento tributário deve respeito ao princípio da legalidade, consubstanciado nos ensinamentos do Professor Gilberto de Ulhôa Canto. Reproduz os julgados do CONSEF JJF 2122/00, 2027/00, 0513/99, 2204/01, 0075/01, para robustecer suas alegações. Conclui, requerendo a nulidade da infração 04.

Esta 3ª JJF, considerando que a diligência requerida à ASTEC, não pode ser realizada, converteu o presente processo em diligência, desta vez para o autuante, com o mesmo teor da requerida à folha 1.703 (fl. 1.741/2).

O autuante atendeu à diligência requerida às folhas 1.743-A/1.744, juntando novos demonstrativos às folhas 1.745/1.769. Diz que o valor exigido de R\$72.649,33 referente ao mês de março de 2005, corresponde apenas ao período de 01/03/2005 a 10/03/2005, em razão do uso indevido da redução de base de cálculo em 18,53%, considerando que o referido Termo de Acordo só foi assinado em 11/03/2005. Quanto ao valor de R\$32.462,33, relativo ao mês de junho de 2005, correspondente equivocadamente ao período de 27/06/2005 a 30/06/2005, em razão de ter deixado de considerar o dia 27/06/2005, data da revogação, como ainda devido para utilização do benefício de redução de base de cálculo do ICMS em 18,53%. Refaz o demonstrativo, reduzindo o débito para R\$26.071,23. Com relação ao valor exigido de R\$41.276,22, correspondente ao mês de julho de 2005, diz que corresponde equivocadamente ao período de 01/07/2005 a 10/07/2005, em razão de ter deixado de considerar o período de 04/07/2005 a 10/07/2005, data em que o sujeito passivo já era detentor de liminar em mandado de segurança para garantir a fruição do referido benefício fiscal. Refaz o demonstrativo de débito referente ao mês de junho de 2005, com o valor devido de R\$6.517,18. Informa que reconhecendo a procedência do entendimento do relator deste PAF, relativo ao método para apuração do imposto devido pelo cometimento da infração 04, elabora novos

demonstrativos analíticos dos débitos desta infração. Reitera os argumentos utilizados na informação fiscal anterior e a total procedência do lançamento efetuado.

A DAT METRO, intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal produzida pelo autuante, reabrindo o prazo para oferecimento da defesa em 30 dias (fl. 1.770).

O autuado apresenta nova manifestação às folhas 1.772/1.780, discorrendo sobre a diligência requerida pela 3^a JJF, como também sobre o resultado da diligência. Diz que os demonstrativos relativos à infração 04, só foram entregues quando da ciência da 2^a diligência fiscal, e entende que a infração é nula por ferir princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Sustenta que esta infração alberga períodos a partir de dezembro de 2004, os quais o autuado já havia solicitado a celebração do Termo de Acordo, com a finalidade de reduzir a base de cálculo em 18,53%. Aduz que requereu o referido acordo em 07/12/2004 e o fisco estadual somente deferiu a solicitação em 11/03/2005, e, por isso, não poderia ser prejudicado pelo silêncio administrativo do Estado, eis que atendia todas as determinações legais para figurar como beneficiária de redução da base de cálculo do ICMS. Diz que a inércia do fisco estadual além de ferir princípios constitucionais, como o da legalidade, segurança jurídica e o da igualdade, viesse a prejudicar as atividades comerciais do contribuinte. Acrescenta que não poderia aguardar por muito tempo a manifestação do fisco estadual acerca do assunto, pois estava sofrendo danos comerciais, e que não restou outra alternativa, já que estava evidenciado o *periculum in mora*, ou seja, a continuidade da inércia da Administração poderia trazer dano irreparável ou de difícil reparação para as atividades empresariais do contribuinte, inclusive frente aos seus concorrentes. Aduz que em 04/07/2005, o referido Termo de Acordo fora revogado com a inverídica justificativa de que apresentava débito inscrito em dívida ativa, descumprindo a cláusula segunda do referido Termo de Acordo. Afirma que igualmente, em 04/07/2005, a 2^a Vara de Fazenda Pública de Salvador, acertadamente, deferiu a liminar, determinando que não fosse excluído dos regimes especiais que possui, inclusive ordenando, que lhe fosse garantido o direito de obtenção de certidões positivas, mas com efeitos de negativas para não inviabilizar suas atividades comerciais. Diz que não existe período no mês de julho de 2005, que estivesse desacobertada do benefício fiscal, pois na mesma data da revogação foi concedida medida judicial para restabelecer o benefício supostamente caçado. Ressalta que ao analisar o parecer final, processo nº 11333420055, fica evidente que o mesmo foi finalizado em 04/07/2005, as 03:42:00 PM, pelo Sr. José Sérgio de Sousa Guanabara, Diretor da DAT/METRO, servidor autorizado por lei para exercer o ato ora rechaçado. Questiona: “se o cancelamento se deu em 04/07/2005, qual foi a data que a Mult-Express tomou ciência do ato? Outrossim Sr. Relator, como a empresa tinha obrigação de não utilizar a redução de base de cálculo devidamente autorizada pelo fisco a partir do dia 28/06/2005 se a mesma não tinha sido revogada e nem mesmo ela tinha ciência da possível solicitação de revogação?”. Aduz que em nenhum momento realizou operações com utilização da redução de base de cálculo de 18,53% sem autorização do Erário Público Estadual, tornando a infração 04 totalmente improcedente. Sustenta que mesmo admitindo a idéia esdrúxula da revogação do Termo de Acordo em 27/06/2005, a mesma não deve prosperar tendo em vista que em 04/07/2005 obteve medida judicial com o finco de restabelecer os possíveis atos cassados, que possui efeitos *ex tunc*, ou seja, desde o seu nascedouro, bem como impedir futuras cassações por parte da Administração Tributária Estadual dos regimes especiais que detenha. Entende que neste sentido, a doutrina e jurisprudência já pacificou entendimento que o ato administrativo quando considerado nulo por decisão judicial terá seus efeitos suspensos desde o seu nascimento, ou seja no caso em tela o ato administrativo de cassação do Termo de Acordo proferido pelo Sr. Diretor da DAT/METRO, foi considerado nulo pelo Juiz Titular da 2^a Vara de Fazenda Pública desde o seu surgimento, sem nunca proferir efeitos na relação entre o Erário Estadual e a Mult-Express. Cita e reproduz ensinamentos de Hely Lopes Meirelles ao discorrer sobre o tema em seu livro Direito Administrativo Brasileiro. Conclui, pedindo a nulidade da infração 04 ou a sua improcedência, além de que sejam atendidos os pleitos já suscitados em sua exordial.

O autuante produz nova informação fiscal às folhas 1.786/1.787, relatando a manifestação do contribuinte. Informa que foram observados todos os dispositivos legais que regulam tanto o procedimento como o processo, e que as infrações estão devidamente caracterizadas, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, constando nos demonstrativos de débitos das infrações elaborados pelo autuante a reprodução fiel do teor dos fatos verificados acompanhados das provas necessárias e suficientes à demonstração do fato arguido. Ressalta que em nenhum momento está sendo ferido o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, uma vez que cumpriu a diligência solicitada pela Auditora Fiscal Diligente da ASTEC/CONSEF, por meio do Parecer Técnico nº 148/2007, com a juntada dos demonstrativos analíticos dos cálculos onde consta o valor do imposto apurado e exigido através da Infração 04. Reproduz o artigo 149-A, combinado com o artigo 18, § 1º do RPAF-BA, para fortalecer suas argumentações. Constatata que a sistemática adotada pelo autuado demonstra um total descaso em cumprir as regras regulamentares estabelecidas na legislação tributária infraconstitucional, como condição "*sine qua non*" para a utilização do benefício fiscal, especialmente a regra disposta no art. 84 do RPAF-BA, não havendo portanto remédio processual a socorrer o defendant, pois, desprovida de previsão legal a defesa e manifestação interposta. Diz que não procedem as alegações defensivas por carecerem de fundamentação jurídica e pelo fato de terem sido comprovadas as infrações contidas neste PAF. Entende que o negócio jurídico, como sugere sua própria denominação, está calcado na noção de "vontade", tornando-se indispensável à manifestação expressa de vontade das partes para que possa produzir efeitos jurídicos admitidos por lei, já que o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a declaração dessa vontade revestida dos pressupostos de validade previstos pelo direito civil, comercial, administrativo, processual e tributário, pois a legislação tributária atrela o uso do benefício fiscal ao cumprimento de formalidades legais que são coercitivas para assegurar o seu direito da utilização do benefício fiscal, restando proceder à subsunção dos fatos à norma legal. Finaliza, mantendo a imputação fiscal.

VOTO

Inicialmente, em relação às preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, rejeito, por considerar que não foram descumpridos os incisos I a IV do art. 18 do RPAF. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, consoante disposto no artigo do citado diploma legal. No corpo do Auto de Infração, está descrito claramente os fatos considerados como ilícito tributário, e todos os anexos ao Auto de Infração, descritos pelos autuantes, inclusive documentos foram recebidos pelo próprio autuado. Verifico, ainda, que foram concedidos ao autuado todos os prazos legais para oferecimento de contestação, inclusive reabertura do prazo de defesa, e, por isso, não há que se falar em inobservância dos princípios da legalidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Pelo princípio da legalidade tem-se a garantia de que nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser através de lei, e a lei deve ser considerada tanto no ponto de vista formal quanto no aspecto material. Quanto ao devido processo legal é instrumento básico para preservar direitos e assegurar garantias, tornando concreta a busca da tutela jurisdicional ou a manifestação derradeira do poder público, em problemas de cunho administrativo. Com relação aos princípios da ampla defesa e contraditório na esfera tributária, assim como em todos os campos do ordenamento jurídico, aplicam-se estes princípios em função de serem os mesmos garantidores de direitos e garantias dos cidadãos, posto que, o postulado da ampla defesa e do contraditório é essencial à toda e qualquer sociedade moderna, que privilegia as garantias e direitos fundamentais da constituição. Entendo que todos os princípios constitucionais suscitados pelo autuado foram obedecidos nesta peça acusatória, e desse modo, indefiro o pleito consignado na peça defensiva.

Quanto à menção equivocada dos dispositivos legais, não acato, uma vez que ficou evidente que o autuado entendeu perfeitamente as infrações imputadas, impugnando tempestivamente o Auto de Infração, e nos termos do artigo 19 do RPAF-BA, a indicação de dispositivo regulamentar

equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. No que concerne às demais preliminares aduzidas pelo defendant, por serem questões ligadas ao mérito, serão devidamente analisadas neste voto.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em decorrência de 05 (cinco) infrações, sendo 03 (três) delas por descumprimento à obrigação principal e 02 (duas) por descumprimento de obrigação acessória.

Da análise da peças processuais verifico que quanto à infração 01, não assiste razão ao autuado para seu protesto quanto à exigência da multa por falta de apresentação de arquivos magnéticos, tendo em vista que o defendant foi intimado para apresentar os referidos arquivos relativos aos períodos de 2001 a 2006, conforme documentos acostados ao presente processo às folhas 17/46. Constatou, também, que o autuante elaborou Relatório Diagnóstico de Inconsistência de Arquivos Magnéticos (fls. 33/36), além de demonstrativo da base de cálculo para exigência da multa imputada às fls. 169/183. Não acato, igualmente, a argumentação do autuado de que o autuante adotou três condutas distintas quanto aos arquivos magnéticos, pois a acusação fiscal está discriminada de forma inequívoca no corpo do Auto de Infração quanto à falta de apresentação de arquivos magnéticos, sendo corretamente aplicada a multa prevista no artigo 42, XIII-A da Lei 7.014/96. Com relação à sua irresignação de que não havia sido intimado para os exercícios de janeiro de 2001 a junho de 2006, acolho parcialmente, uma vez que consta às folhas 33/36 dos autos intimação para correção de arquivos relativos ao período de janeiro de 2000 a outubro de 2005, e à folha 46 os períodos de dezembro de 2005 e janeiro de 2006. Observo que o autuado não atendeu às aludidas intimações nos prazos legalmente estabelecidos, e, por, isso, entendo correto o procedimento adotado pelo autuante. Entretanto, não consta dos autos, a intimação relativa ao pedido de apresentação de arquivos magnéticos correspondente aos meses de novembro de 2005, fevereiro a junho de 2006. Por conseguinte, os valores dos débitos dos referidos períodos devem ser excluídos do demonstrativo elaborado pelo autuante às folhas 169/183, por inexistência de intimação conforme quadro abaixo, e o débito reduzido para R\$2.812.168,05:

MÊS	VALOR DA MULTA
NOVEMBRO 2005	8.975,25
FEVEREIRO 2006	4.545,81
MARÇO 2006	7.466,53
ABRIL 2006	207,57
MAIO 2006	484,09
JUNHO 2006	302,92
TOTAL	21.982,17

Quanto à alegação defensiva de que os arquivos magnéticos tinham sido apresentados em fiscalizações anteriores, não pode ser acolhida, eis que se trata de obrigação acessória de exigência permanente que não se exaure em procedimentos fiscais anteriores, podendo sua exigência ser renovada a qualquer tempo, sendo necessária, evidentemente intimação prévia.

Quanto à sua irresignação de que a penalidade aplicada deveria ser aquela prevista no artigo 42, XII-A, alínea “j” do RICMS-BA no valor de R\$ 1.380,00, também não acato, tendo em vista que esta multa deve ser exigida quando o sujeito passivo deixa de entregar nos prazos previstos na

legislação ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura, de arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ocorridas em cada período, quando tal obrigação não tenha sido exigida por coerção, ou seja, mediante intimação, fato que não ocorreu na presente intimação. No que tange à alegação de que o § 6º do artigo 708-A, foi positivado no ordenamento jurídico somente a partir de 14/02/2005, é necessário esclarecer que tal dispositivo apenas preleciona que a recepção do arquivo magnético pela SEFAZ não tem o condão de caracterizar que tal entrega atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio 57/95. Ademais, tal dispositivo regulamentar não impede que o fisco intime o sujeito passivo para apresentá-lo mediante intimação como ocorreu no caso em comento. Por conseguinte, não há que se falar em aplicação das penalidades prevista no artigo 42, XIII-A, alínea “f” e XXII, da Lei 7.014/96, suscitada pelo autuado.

Com relação ao pedido de redução ou cancelamento da multa pelo órgão julgador, não pode ser acatado, pois no caso em apreço, o descumprimento da obrigação acessória objeto desta autuação implicou em falta de recolhimento de tributo, nos termos do artigo 158 do RPAF-BA. Portanto, julgo parcialmente subsistente a infração relativa a este item, devendo ser reduzido o valor do débito para R\$2.812.168,05.

Com relação à infração 02, segundo o autuante se refere à utilização de créditos fiscais indevidos lançados em sua escrita fiscal, no livro de Registro de Apuração do ICMS, sob a rubrica outros créditos e comunicados à SEFAZ-BA por meio dos processos nº 596753/2003-1 e nº 246115/2004-6 (fls. 275/278 e 314/316), que resultaram na falta de recolhimento do valor do imposto devido, conforme demonstrativos de apuração do ICMS da Antecipação Tributária levantado pelo próprio contribuinte, além dos débitos de sua conta corrente decorrente de operações regularmente escrituradas também pelo próprio contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, que correspondem aos valores dos débitos mensais do ICMS devido pelo sujeito passivo que deixaram de ser recolhidos ao Erário em razão de terem sido compensados com o crédito fiscal indevido.

O autuado impugnou o lançamento de ofício, afirmando que se a empresa calculava o valor do ressarcimento pela diferença do imposto calculado entre o valor das entradas acrescido da MVA e o valor base das saídas proporcionalmente, e o Fisco autuou no mesmo período pela falta de antecipação, bem como pela aplicação da MVA quando a legislação previa PMC nada mais justo que refizesse os cálculos do ressarcimento, e que os referidos Autos de Infrações estão devidamente quitados.

O autuado em sua defesa diz, ainda, que as infrações 02 e 03 estão respaldadas nos procedimentos SIPRO de nºs 59675320031, 24611520046, 24611620042, 22977120053, sendo lavrado o Auto de Infração em 19/12/2006 dando ciência ao autuado somente em 29/12/2006, sendo que o ato só seria praticado em 03/01/2007.

Antes de proferir meu entendimento sobre esta infração é de bom alvitre explanar sobre a sistemática dos ressarcimentos a que fazem jus as Distribuidoras de Medicamentos que comercializam exclusivamente com Hospitais, Clínica e Órgãos Públicos .

O artigo 359, § 6º, do RICMS-BA, preleciona a possibilidade de que as referidas empresas possam obter ressarcimento do imposto recolhido por antecipação tributária, na forma de créditos fiscais, relativo à diferença entre o valor efetivamente praticado e aquele que serviu de base de cálculo para a antecipação tributária, com fundamento de que ao se eliminar uma etapa de circulação da riqueza (varejo), a MVA estabelecida previamente não reflete efetivamente o preço praticado na operação de comercialização para o consumidor final.

§ 6º Nas operações com produtos farmacêuticos e demais produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353, realizadas por estabelecimento atacadista ou distribuidor com destino a hospitais, clínicas, ambulatórios, prontos-socorros, casas de saúde e congêneres, assim como para órgãos da administração

pública federal, estadual ou municipal, tendo o imposto a eles relativo sido retido ou antecipado na operação imediatamente anterior, o contribuinte poderá requerer da Gerência de Substituição Tributária autorização visando a recuperar a parcela do imposto retido correspondente à diferença entre a base de cálculo que serviu para a retenção na operação mais recente e o valor da operação que tiver realizado, proporcionalmente às quantidades saídas, devendo essa recuperação ser documentada em Nota Fiscal emitida especialmente nesse sentido.

O permissivo legal acima transcrito, requer a prévia autorização da SEFAZ-BA para sua utilização.

A legislação vigente à época obrigava as empresas que comercializam medicamentos a antecipar os produtos elencados no artigo 353, II (produtos farmacêuticos), com base no PMC e o contribuinte em questão foi autuado diversas vezes por utilizar indevidamente MVA sobre os referidos produtos para recolher o imposto devido por antecipação.

Em razão deste fato, o defensor reconstituiu a sua escrita fiscal valendo-se da exigência contida nos referidos lançamentos de ofício para ajustar os resarcimentos que se encontravam lançados com base em MVA. Para tanto, comunicou à SEFAZ-BA, que estava utilizando os créditos fiscais decorrentes deste novo cálculo.

Entendo que o contribuinte deveria ter aguardado o deferimento pela SEFAZ-BA para proceder aos lançamentos relativos ao resarcimento por se tratar de créditos fiscais extemporâneos, concernentes à reconstituição de escrita por força do artigo 101, § 3º do RICMS-BA, que transcrevo:

Art. 101. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:

§ 3º Tratando-se de reconstituição de escrita, esta dependerá de prévia autorização da repartição fiscal.

Com efeito, o vocábulo reconstituir nas palavras do mestre Aurélio Buarque de Holanda Ferreira significa recompor, reorganizar, restabelecer. No caso em apreço, o autuado diz que reconstituiu a sua escrita fiscal utilizando créditos fiscais relativos ao resarcimento com base no PMC, em razão da lavratura de diversos Autos de Infração que exigiram a diferença do imposto base de cálculo apurada pelo contribuinte (MVA). Com base no permissivo legal acima descrito, entendo que o autuado deveria aguardar a autorização prévia da SEFAZ-BA para reconstituir a sua escrita fiscal utilizando a hipótese de resarcimento prevista no § 6º do artigo 359, do RICMS-BA, eis que o contribuinte com base nos Autos de Infração lavrados e não quitados que exigiu o imposto com base no PMC, reconstituiu a sua escrita fiscal e comunicou tal procedimento à SEFAZ-BA, inobservando o disposto no artigo 101, § 3º do citado diploma legal que determina como pressuposto vestibular para tal reconstituição a prévia autorização da repartição fiscal.

Observo à folha 1.637 /1.646 que a SEFAZ-BA através dos Pareceres 64/2007 e 65/2007, indeferiu o pleito formulado pelo sujeito passivo.

Com relação à argumentação defensiva de que diversos Monitoramentos realizados pela SEFAZ-BA, confirmaram os procedimentos adotados pelo autuado, não acolho, uma vez que tal procedimento fiscal não tem natureza homologatória, se prestando unicamente à ação fiscal meramente sumária, realizados sem maiores formalidades.

Quanto à argumentação defensiva de que a legislação tributária estadual, em nenhuma de suas previsões normativas, condiciona o direito ao crédito à autorização da repartição fazendária competente, após ultrapassado o prazo para manifestação, citando o § 1º do artigo 10 da Lei Complementar 87/96, e a autuação não logrou comprovar juridicamente o exato cumprimento dos artigos 368 e 374 do RICMS-BA, também não acato, uma vez que tal permissivo legal trata de restituição de imposto devido por substituição tributária quando não se realize o fato gerador

presumido, amparado pelo dispositivo constitucional previsto no § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, que foi objeto da ADIN 1851, julgada pelo STF, entendendo que o imposto recolhido a mais não vincula o Fisco à restituição e que o fato gerador presumido para a cobrança antecipada do ICMS não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo à restituição ou complementação do imposto pago, a não ser no caso de sua não realização.

Quanto à negação de prática de crime de sonegação fiscal aduzida pelo sujeito passivo na sua peça defensiva não é matéria de competência deste CONSEF. Por conseguinte, entendo que o contribuinte procedeu de forma irregular com relação a este item da autuação, fato reconhecido por ele na sua peça defensiva.

Nessa esteira, entendo que se trata de reconstituição de escrita fiscal, que resultou em utilização indevida de créditos fiscais, fato reconhecido pelo autuado quando afirma “nada mais justo que o contribuinte refizesse os cálculos do ressarcimento, e que os referidos Autos de Infrações estão devidamente quitados”, e neste caso, é dever do contribuinte aguardar a manifestação prévia da SEFAZ-BA, para poder utilizar e escriturar novamente os créditos fiscais. Mantida a exigência fiscal

No que concerne à infração 03, verifico que se trata de utilização indevida de crédito fiscal referente às mercadorias beneficiadas com isenção do ICMS, e o autuado em sua defesa argüi que se referem à produtos quimioterápicos beneficiados com isenção do imposto nas operações internas, por força do Convênio ICMS 34/96, cujo imposto foi totalmente antecipado quando da aquisição em outras unidades da Federação. Observo que o autuante em momento nenhum negou o direito ao ressarcimento em forma de créditos fiscais pelo contribuinte, em operações internas beneficiadas com a isenção. A autuação perpetrada pelo autuante, diz respeito aos valores indevidamente creditados pelo autuado em sua escrita fiscal em montante que não correspondem às operações realizadas e o defensor não trouxe aos autos as provas necessárias para elidir a acusação fiscal, conforme dispõe o artigo 123 do RPAF, a exemplo de demonstrativos, elencando as notas fiscais de saída internas e interestaduais contendo produtos quimioterápicos e o correspondente imposto antecipado, que resultou nos créditos fiscais apropriados. Portanto, mantendo integralmente a imputação fiscal relativa a este item.

Quanto à infração 04, o autuado assevera que em 07/12/2004, solicitou à SEFAZ-BA, a redução da base de cálculo do ICMS em 18,53%, embasada pelos Decreto nºs 7.748/2000 e 7.799/00, e que o fisco estadual somente manifestou decisão de concordância com a concessão do Regime Especial em 11/03/2005. Diz que atendia a todas as determinações legais para figurar como beneficiário da redução da base de cálculo, citando o artigo 901, § 3º, do RICMS-BA, e que decorrente do silêncio administrativo, surge o direito para o contribuinte de auferir o benefício fiscal desde a propositura do pedido, uma vez que atendidos os requisitos necessários previstos na norma instituidora. Aduz que surpreendentemente em 04/07/2005, o referido Termo de Acordo foi revogado com a inverídica justificativa de que o contribuinte apresentava débito inscrito em Dívida Ativa, descumprindo a Cláusula Segunda do referido Termo de Acordo, e como aquele ato praticado pela Secretaria da Fazenda, foi no mínimo absurdo, socorreu-se de Mandado de Segurança, com finalidade de impugnar judicialmente a decisão administrativa revogatória. Destaca que em 04/07/2005, a 2ª Vara de Fazenda Pública de Salvador, acertadamente, deferiu a Liminar, determinando que o contribuinte não fosse excluído dos regimes especiais e que ao Fisco Estadual restou instado à decisão judicial, confirmada posteriormente em sentença. Afirma que, todavia, a exigência consubstanciada no Auto de Infração elencou período incluído na vigência da liminar, pois o lançamento de ofício refere-se aos meses de 12/2004 a 03/2005 e 06/2005 e 07/2005, quando, a liminar tinha vigência a partir de junho de 2005. Acrescenta que o benefício fiscal foi revogado administrativamente em 04/07/2005, e em contradição, o Auto de Infração promove o elenco do mês 06/2005 (período de vigência do próprio Termo de Acordo). Cita o artigo 330 do Código Penal para dizer que o fisco estadual não pode praticar um ato discricionário contrariando decisão judicial.

Já em relação ao item 04 deste Auto, referente ao uso indevido da redução de Base de Cálculo em mais 18,53% prevista pelo Dec. 7.799/2000, em virtude de que a utilização de tal benefício estar condicionado à celebração de Termo de Acordo específico com a assinatura do Diretor da DAT/Metro, que só ocorreu em 11/03/2005, sem previsão de retroação dos seus efeitos, hipótese não prevista na Legislação Estadual, e que, além disso, houve a revogação do Termo de Acordo em 27/06/2005 em função do descumprimento da Cláusula Segunda do referido Termo. Aduz que, entretanto, considerando a concessão da Liminar em ação de Mandado de Segurança nº. 750455-1/2005, a SEFAZ-BA reestabeleceu o multireferido Termo de Acordo a partir de 11/07/2005, tudo conforme demonstrativo constante no Anexo III e cópia de livros e documentos que também foram acostadas a este PAF.

Consultando aos autos verifico que o autuante exigiu o imposto correspondente ao período de 31/12/2004 a 31/07/2005. Observo que o artigo 3º do Decreto 7799/00, determina a obrigatoriedade de Termo de Acordo entre a Sefaz-BA e o contribuinte, para fruição do benefício, fato este só ocorrido em 11/03/2005. Trata-se de benefício fiscal condicionado à celebração de Termo de Acordo autorizativo que só foi confirmado em 11/03/2005. O autuante em diligência requerida por esta 3ª JJF, confirmou que exigiu o imposto correspondente ao mês de março até o dia 10/03/2005, período em que o autuado valeu-se indevidamente do referido benefício fiscal. Quanto ao período compreendido entre 04/07/2005, data da cassação do Regime Especial e 10/07/2005, data do seu restabelecimento, entendo que não pode ser considerado nesta infração, eis que não consta dos autos a data da ciência do autuado sobre a revogação do Termo de Acordo.

Constato que o referido Termo de Acordo foi revogado em 04/07/2005 (fls. 1.781/82), e o autuante excluiu do seu levantamento original o valor de R\$6.391,10, conforme demonstrativo à folha 1.769, reduzindo o débito para R\$26.071,23. Com relação ao período em que o contribuinte estava resguardado por medida judicial, conforme folhas 1.601/1.602 (julho de 2005), o autuante reduziu o valor do débito excluindo da infração os valores relativos à data da concessão da medida judicial. Entendo que o imposto exigido relativo aos meses de junho e julho de 2005, devem ser excluídos da infração imputada, eis que não há provas nos autos da ciência do autuante sobre a cassação do Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ-BA, e o autuado estava acobertado por medida judicial, com sentença de mérito transitado em julgado. Portanto, julgo parcialmente procedente este item do Auto de Infração, devendo ser reduzido o débito para R\$310.074,02 , conforme quadro abaixo:

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA VENCTO.	IMPOSTO DEVIDO
31/12/2004	09/01/2005	137.327,79
31/01/2005	09/02/2005	42.835,68
28/02/2005	09/03/2005	57.261,22
31/03/2005	09/04/2005	72.649,33
TOTAL		310.074,02

Com relação à infração 05, o autuado declarou formalmente às folhas 166/167, a impossibilidade de entregar os livros fiscais requisitados pelo autuante através de intimações constantes das folhas 17, 19, 24, 26, 29, 30, 40, 42, 45, alegando extravio. Tal procedimento prejudicou a aplicação de outros roteiros de auditoria fiscal, necessários para apuração do crédito tributário devido. Por conseguinte, entendo que se trata de descumprimento de obrigação acessória prevista no artigo 42, XIV, da Lei 7.014/96, por isso não acato a alegação defensiva de ausência de legalidade do ato administrativo perpetrado pelo autuante.

Quanto à alegação de decadência, também não acolho, eis que nos termos do artigo 144 do RICMS-BA, tais livros devem ser conservados pelo contribuinte, mesmo ultrapassado o prazo decadencial, uma vez que se referem a processo pendente de utilização de crédito fiscal, relativos aos períodos já alcançados pela decadência, e neste caso a conservação dos aludidos livros fiscais é obrigatória. Mantida a exigência fiscal.

Art. 144. Os livros fiscais e contábeis, bem como todos os documentos

relacionados aos lançamentos neles efetuados, deverão ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial (art. 965), e, quando relativos a operações ou prestações objeto de processo pendente, até sua decisão definitiva, ainda que esta venha a ser proferida após aquele prazo.

Ante o exposto, concluo pela procedência em parte do presente Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO N º	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	-	2.812.168,05
02	PROCEDENTE	1.950.058,43	-
03	PROCEDENTE	1.052.277,12	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	310.074,02	-
05	PROCEDENTE	-	7.360,00
TOTAL		3.312.409,57	2.819.528,05

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210432.0003/06**, lavrado contra **MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.312.409,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “a”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.819.528,05**, prevista no artigo 42, incisos XIII-A, alínea “g” e XIV, da mencionada Lei, com acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei 9837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2008.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA