

A. I. Nº - 206855.0001/08-5
AUTUADO - TECNÉMICA HOSPITALAR LTDA.
AUTUANTE - JOAO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 23. 12. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0435-01/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Efetuados os ajustes relativos a incorreções do levantamento. Infração parcialmente subsistente. **b)** PAGAMENTO A MENOS. Efetuou o recolhimento a menos em relação à mercadoria provenientes de outras unidades federativas relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Efetuados os ajustes relativos a incorreções do levantamento. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO A MENOS. É devido o pagamento a título de antecipação parcial, em relação às infrações 03 e 04, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Exigência fiscal subsistente. 3. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O VALOR EFETIVAMENTE RECOLHIDO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Não foram acolhidas em relação às infrações 05 e 06, as arguições para deduções relativas as exigências das infrações 03 e 04. Infração subsistente. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO LANÇADO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPIOS. Infração caracterizada. 5. FALTA DE RECOLHIMENTO. REGIME SIMPLIFICADO DE APURAÇÃO (SIIMBAHIA). EMPRESA DE PEQUENO PORTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, apurado pelo Regime Simplificado de Apuração (SIMBAHIA) na condição de EPP. Infração subsistente. Foram deduzidos, relativo aos respectivos meses, os valores exigidos na infração 04, por antecipação

parcial. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2008, reclama o crédito tributário no valor de R\$ 1.796.234,37, relativo às seguintes infrações:

Infração 01 - efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$ 798.967,38, acrescido da multa de 50%, relativo aos períodos de janeiro 2003 a dezembro de 2005;

Infração 2 - efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88. ICMS no valor de R\$ 463.309,87, acrescido da multa de 60%, relativo aos períodos de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2006, janeiro a setembro e novembro de 2007;

Infração 3 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$ 283.678,47, acrescido da multa de 50%, relativo aos períodos de março 2004 a dezembro de 2005;

Infração 04 - recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas com fins de comercialização. ICMS no valor de R\$ 81.015,94, acrescido da multa de 60%, relativo aos períodos de janeiro e fevereiro, abril a dezembro de 2006, fevereiro a maio, agosto, setembro e novembro de 2007;

Infração 05 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de desconhecimento entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração desse imposto. ICMS no valor de R\$ R\$ 116.495,89, acrescido da multa de 60%, relativo aos períodos de janeiro a agosto e outubro de 2006;

Infração 06- deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ R\$ 50.359,18, acrescido da multa de 70%, relativo aos períodos de janeiro a dezembro de 2006;

Infração 07- deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). ICMS no valor de R\$ 2.407,64, acrescido da multa de 50%, relativo a abril de 2005.

O autuado apresentou defesa, às fls. 2070 a 2085 dos autos, alegando que o Auto de Infração ora impugnado, de nº 206855.0001/08-5, está sendo realizada a cobrança do mesmo imposto em diversos meses, referente ao mesmo exercício financeiro do AI nº 088299.0007/06-0, conforme poderá ser observado na descrição dos fatos de ambos os Autos e Demonstrativos anexos. Frisa que o primeiro Auto incorreu em várias inconsistências, cujo fato já está sendo alvo de discussão, de maneira que a absurda permanência do Auto ora impugnado, configuraria dupla punição por supostas infrações.

Entende que no Auto de Infração de nº 088299.0007/06-0, o preposto da Secretaria da Fazenda, na descrição dos fatos, acusa a empresa autuada de ter efetuado supostos recolhimentos a menos do ICMS que, segundo afirma, teriam ocorrido no período de 2001 a 2005. Porém, no Auto de Infração nº 2068550006/07-9, ora rechaçado, o Auditor Fiscal João Emanuel Brito Andrade não levou em consideração que a empresa já havia sido fiscalizada nos Exercícios também de 2003 a 2005, portanto, as supostas infrações fiscais referentes aos mencionados exercícios estão em duplicidade, não podendo prevalecer, vez que se comparando a Descrição dos Fatos e os períodos constantes no Auto lavrado pelo Auditor Fiscal Djalma Boaventura de Souza, em 29 de setembro de 2006, observa-se que são similares àqueles constantes no Auto ora Impugnado, lavrado pelo Auditor Fiscal João Emanuel

Brito Andrade em 30 de Junho de 2008. Reproduz a trecho do voto, acerca da matéria, do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba.

Assevera que o Auditor Fiscal não atentou para o prazo previsto no art. 28 RPAF, no seu § 1º, no concernente a Ação Fiscal, haja vista que não fundamentou o PAF quanto ao prazo de fiscalização que durou por mais de cento e oitenta dias, portanto desobedecendo totalmente o procedimento da fiscalização.

Salienta que no Auto de Infração ora impugnado, resta configurada hipótese de confisco, nitidamente vedada pela Carta Magna, e duramente rechaçada pelos Tribunais Pátrios, e que, também por isso, jamais poderá prevalecer, uma vez que o artigo 150, IV, CF estabelece a vedação à utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de afetar o patrimônio do contribuinte, confiscando-o a título de tributação, tampouco dilapidar o contribuinte a ponto de consubstanciar sua insolvência, haja vista que, se a mesma prevalecesse estaria havendo séria restrição ao exercício de atividade profissional e do comércio. Nesta esteira, no Auto de Infração ora impugnado entende está sobejamente comprovada a hipótese de confisco, nitidamente vedada pela Carta Magna, e duramente rechaçada pelos Tribunais Pátrios, e que, também por isso, jamais poderá prevalecer.

Cita Sacha Calmon e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirmando não ter sítio observado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, trazendo alguns trechos, como julgados para consolidar seu entendimento sobre a violação ao inciso IV, art. 150 da CF.

Conclui que a multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária também se submete a esses patamares constitucionais válidos para a tributação, pois a pena não deve ser igual ao gravame, mesmo que ela seja primordialmente repreensiva e sancionatória, de maneira que o Auto de Infração em comento não pode prevalecer, não apenas por ser indevido o principal, mas também por embutir juros e multas em valor exorbitante, que se não forem extirpados por esse CONSEF poderá trazer prejuízos de difícil reparação para a Autuada, que corre o risco até de fechar totalmente as suas portas, por isso fica veementemente impugnado o Auto de Infração, ora guerreado.

Quanto ao mérito das infrações 01 e 02, afirma que o Autuante apurou grandezas heterogêneas, fazendo o levantamento do suposto débito sem levar em consideração que a Empresa já tinha sido anteriormente fiscalizada pela Secretaria da Fazenda através do Auto de Infração nº 088299.0007/06-0, na data de 29 de setembro de 2006, portanto, não pode subsistir o Auto de Infração ora impugnado, uma vez que o foco principal da Autuação Fiscal foi a alegação de que a Empresa teria efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Argumenta que tais exigências não poderão prevalecer, pois analisando a legislação sobre a matéria específica concernente a Substituição / Antecipação Tributária, aliado as falhas detectadas e comprovadas através das Planilhas e Notas Fiscais ora anexadas (Doc. 01), poderá esse Egrégio Conselho da Fazenda concluir que a cobrança perpetrada pela Autoridade Autuante apresenta-se excessiva e aleatória, por isso fica veementemente rechaçada devido a sua inconsistência.

Entende que não pode prosperar a acusação do Preposto Fiscal conforme demonstração abaixo:

“1- o Auditor Fiscal efetuou a cobrança da antecipação tributária baseando-se apenas nas Notas Fiscais de Entradas de Mercadorias constante nos seus levantamentos, deixando de fazer o equilíbrio e verificação das Notas Fiscais de Saídas, pois se tivesse procedido os roteiros com referencia a Substituição Tributária previstas no Convênio 76/94 e Art. 359 § 6º do RICMS, deveria analisar na sua apuração as Notas Fiscais de Saídas de produtos farmacêuticos e demais produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353, nas vendas que foram efetuadas para hospitais, clínicas, ambulatorios, prontos socorros, casas de saúde e congêneres, assim como para órgãos

da administração pública federal, estadual e municipal, na recuperação da parcela do imposto retido, correspondente à diferença entre a base de cálculo que serviu para a retenção proporcionalmente às quantidades de saídas.

Ressalta que 70% (setenta por cento) das vendas realizadas pela TECMÈDICA são efetuadas aos clientes relacionados acima, ou seja, hospitais, clínicas, ambulatórios, prontos socorros, casas de saúde e congêneres, assim como para órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, em que é previsto o ressarcimento do ICMS Substituído / Antecipado, fato não observado e não apurado pelo Autuante através das Notas Fiscais de Saídas de Mercadorias, haja vista que não foram incorporadas nas suas Planilhas, pois, se fossem imputados os valores constantes nas Notas Fiscais de Saída, certamente haveria um equilíbrio fiscal na cobrança justa e devida do imposto, e não a constituição dos lançamentos astronômicos como se verifica nos lançamentos das Infrações 01 e 02, que ficam mais um vez totalmente impugnados.

O Auto de Infração ora impugnado, jamais poderá prosperar, pois se mostra nulo de pleno direito uma vez que o Autuante deixou de fazer o equilíbrio e verificação das Notas Fiscais de Saídas concernentes a Substituição / Antecipação Tributária, conforme previsto no Convênio 76/94 e Art. 359 § 6º do RICMS, portanto, não utilizou o Auditor Fiscal os elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração relacionada nos item 01 e 03 do Auto, tornando nulas as infrações impostas à Autuada nos itens 01 e 02 do Auto, ora rechaçado.

Diante da fundamentação exarada acima, resta dúvida que o Auto de Infração é insubsistente, por isso requer desde logo ao Colendo e Gerencioso Órgão de Julgamento Fiscal, seja reconhecida a nulidade da autuação, nos termos do art. 18 do RPAF.

Caso o Egrégio CONSEF, não entenda pela nulidade do Auto de Infração acima suscitada, o que não acredita, requer a Autuada que o Processo Administrativo seja Convertido em DILIGÊNCIA à GERSU - Gerencia de substituição Tributária, para análise e pronunciamento preliminar quanto à matéria e os elementos para posterior recálculo por parte da Secretaria da Fazenda.

2- Analisando a responsabilidade inicial do Imposto Substituído / Antecipado, a cláusula primeira do CONVÊNIO 76/94 estatue da seguinte forma:

Cláusula Primeira – Nas operações com os produtos relacionados no Anexo único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH , fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre operações relativas a circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS relativo às operações subseqüentes ou a entrada para uso e consumo do destinatário.(grifo nosso)

3- O equívoco do Auditor está perpetrado na elaboração das suas Planilhas e Demonstrações, existindo repetições de valores, números de Notas entre outros erros, os quais serão demonstrados a seguir, anexando inclusive os documentos que comprovam cabalmente os enganos cometidos pelo Preposto da Fazenda Estadual, (Doc. 01) bem como a cobrança absurda do somatório das infrações 01 e 02, no exorbitante montante de R\$ 1.262.277,25 (um milhão, duzentos e sessenta e dois mil, duzentos e setenta e sete reais e vinte e cinco centavos), ficando mais uma vez impugnado, diante da sua nulidade e inconsistência.”

Assegura que efetuou por amostragem uma conferência nos Relatórios, onde detectamos a troca de números de Notas Fiscais, Duplicidades, entre outras falhas conforme segue:

1. Nota fiscal nº 117273 foi apontado em duplicidade, com datas em 01.05.2004 e 07.05.2004. (Infração nº 01, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de maio 2004, páginas 3 e 4 de 10);
2. Nota fiscal nº 194882 foi apontado em duplicidade, com datas em 04.05.2004 e 12.05.2004. (Infração nº 01, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de maio 2004, páginas 3 e 4 de 10);
3. Nota fiscal nº 194690 foi apontado em duplicidade, com data em 12.05.2004 (Infração nº 01, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de maio 2004, página 4 de 10);
4. Nota Fiscal 602716 de 21.10.2004 – Bristol-Myers Squibb Farmacêutica Ltda, a classificação fiscal apontada na mesma como substituição tributária (bolsa perna), sendo que produto é de classificação parcial. (Infração nº 01, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de outubro 2004, página 8 de 10);
5. Nota fiscal nº 00648 foi apontado em duplicidade, com datas em 17.11.2004 e 29.11.2004 (Infração nº 01, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de maio 2004, página 9 de 10);
6. Nota fiscal nº 64540 foi apontado em duplicidade, com datas em 01.12.2004 e 03.12.2004 (Infração nº 01, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de maio 2004, página 10 de 10);
7. Nota fiscal nº 134672 de 13.06.2005 – Rimed Com. Representações Ltda, foi considerado o valor total da mesma como base de cálculo, gerando um imposto de R\$ 232,93. O correto é R\$ 38,49. (Infração nº 01, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de junho 2005, página 4 de 10);
8. Nota fiscal 172156 de 13.01.2006 – Mabesa do Brasil S.A, o ICMS substituído retido na mesma, conforme GNRE. (Infração nº 02, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de janeiro 2006, página 1 de 19);
9. Nota fiscal nº 237671 de 06.02.2006 – Aster Produtos Médicos Ltda, produto descarbox 7L, de classificação 4819.10.00 (antecipação parcial), classificado como substituído. . (Infração nº 02, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de fevereiro 2006, página 2 de 19);
10. Nota fiscal 9728 de 03.03.2006 – CIEX do Brasil Ind. Com.Prod. Cirúrgicos Ltda, o ICMS substituído retido na mesma, conforme GNRE. (Infração nº 02, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de março 2006, página 4 de 19);
11. Nota fiscal nº 012482 de 07.04.2006 – Neve Ind. Com.Produtos Cirúrgicos Ltda, produtos Fita p/ autoclave e adesiva, de classificação 48114.110 (antecipação parcial), classificado como substituído. . (Infração nº 02, demonstrativo de entradas de mercadorias mês de abril 2006, página 5 de 19);

Esclarecer que a empresa já foi autuada pelo mesmo motivo alegado na parte dispositiva do Auto, além de ter desconsiderado que grande parte dos produtos adquiridos por ela são isentos de antecipação na elaboração do seu inconsistente levantamento fiscal, razão pela qual o referido Auto de Infração não merece prosperar, ficando mais uma vez impugnado.

Quanto às infrações 03 e 04, afirma que as Planilhas, conforme se verifica às fls. 561 a 1312 e 1.313 a 1411, referentes aos referidos itens do Auto de Infração, traz a cobrança das diferenças de Antecipação Parcial, deixando de apropriar os Recolhimentos corretamente efetuados pela Empresa pelos códigos abaixo:

1145 ICMS ANTEC TRIBUTARIA PRODUTOS DO ANEXO 88 RICMS

1187 ICMS GNR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Afirma anexar o extrato de recolhimentos extraído do site da SEFAZ, (Doc. 02), no qual se observa que confrontando os valores Recolhidos pelos códigos acima mencionados com o Demonstrativo apresentado pelo Auditor Fiscal de fls. 561 a 1.411, verifica-se a falta da imputação e desmembramento das Notas Fiscais de Entradas, discriminadas no seu Relatório, o que gera de igual modo a nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18 do RPAF, uma vez que não fora observado pelo Autuante os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Desta forma, o levantamento só teria sustentação e confiabilidade, desde que constasse a relação de todas as notas envolvidas no mês com discriminação da situação tributária aplicável, o que não ocorreu.

Esclarece que a empresa recolhe o ICMS por substituição dos produtos farmacêuticos e outros relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, deixa automaticamente de recolher a antecipação parcial, motivo pelo qual deverá o PAF ser convertido em DILIGÊNCIA FISCAL no sentido de corrigir as falhas perpetradas pelo Autuante, quanto à imputação dos valores pagos e não alocados na Planilha apresentada pelo Preposto da Fazenda Estadual, referentes aos códigos acima mencionados, por ser de Direito e lídima Justiça.

Assevera, no que se refere às infrações 05 e 06, que a versão sobre a cobrança de diferença de ICMS apurado já pelo regime normal, entre o valor recolhido e o escriturado no Livro de ICMS, totalizando a suposta infração no valor de R\$ 116.495,89 (cento e dezesseis mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e oitenta e nove centavos), cuja cobrança já foi reconhecida parcialmente, tão somente referente ao Exercício de 2006, de ser levando em consideração que a Empresa, por livre iniciativa, instaurou uma auditoria interna na sua escrita fiscal, em que foram detectados alguns equívocos pontuais no recolhimento de ICMS, cujo fato já foi comunicado à Secretaria da Fazenda, no intuito de manter sua regularidade fiscal.

Consigna que, no caso em tela, já se sabe que a Antecipação Parcial gera crédito de ICMS, após seu devido recolhimento. Porém, a falta de recolhimento de ICMS referente a algumas Notas Fiscais que foram auditadas e parcialmente cobradas nas infrações demonstradas nos itens 03 e 04 do Auto, seria lançado a crédito na apuração do ICMS normal, modificando o saldo devedor das infrações, perfazendo, portanto, nenhum saldo a pagar por parte da Empresa Autuada referentes às Infrações demonstradas nos itens 05 e 06.

Em relação à infração 07, afirma que, ao contrário do que foi fundamentado e demonstrado pelo Autuante, a Empresa não deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), na condição de Empresa de Pequeno Porte do valor de R\$ 2.407,64 (dois mil quatrocentos e sete reais e sessenta e quatro centavos), haja vista que o referido valor foi pago em 22.06.2005, no montante de R\$ 2.780,37 (dois mil, setecentos e oitenta reais e trinta e sete centavos) conforme documento anexo, (Doc. 02), valendo esclarecer ainda aos Julgadores, que no referido caso, apenas houve erro de Competência ao gerar o DAE de ICMS que no Auto consta 30.04.2005, sendo pago na data acima referida.

Conclui pedido que, diante de todas as razões apontadas e provadas, requer ao Egrégio CONSEF a nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18 do RPAF, uma vez que não fora observado pelo Autuante os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, tornando o levantamento fiscal sem confiabilidade, uma vez que o Autuante deixou de fazer o equilíbrio e verificação das Notas Fiscais de Saídas concernentes a Substituição / Antecipação Tributária, conforme previsto no Convênio 76/94 e Art. 359 § 6º do RICMS, bem como requer seja declarada a ocorrência de duplicidade de autuação, no Auto de Infração sob exame, e no mérito requer seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração 206855.0001/08-5, por ser ato da mais lídima justiça.

Complementa argüindo que, se o Egrégio CONSEF não julgar pela nulidade do Auto de Infração acima suscitada, requer que o Processo Administrativo seja convertido em diligência à GERSU - Gerencia de Substituição Tributária, para análise e pronunciamento preliminar quanto à matéria e

aos elementos fundamentados acima, para posterior recálculo por parte da Secretaria da Fazenda. Por outro lado, como a empresa recolhe o ICMS por substituição dos produtos farmacêuticos e outros relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, deixa automaticamente de recolher a antecipação parcial, motivo pelo qual requer seja PAF convertido em diligência no sentido de corrigir as falhas perpetradas pelo Autuante, quanto à imputação dos valores pagos e não alocados na Planilha apresentada pelo Preposto da Fazenda Estadual, referentes aos códigos acima mencionados, por ser de Direito e lídima Justiça.

Outrossim, requer provar o alegado por todos os meios de prova inscritos ou não defesos em lei.

O autuante, às fls. 2150 a 2164, apresenta a informação fiscal assegurando que o autuado alega, de modo equivocado, que as infrações apuradas no presente processo fiscal seriam as mesmas expressas no auto de infração nº 088299.0007/06-0, anteriormente lavrado contra a empresa. Inexiste tal duplicidade de autuações, já que as infrações detectadas neste e naquele auto são totalmente diversas. Afirma que neste Auto de Infração, que pode ser visto às fls. 01 a 05, as infrações descritas têm os seguintes códigos SEAI: Infração 01 - 07.03.02; Infração 02 - 07.01.02; Infração 03 - 07.03.04; Infração 04 - 07.15.02; Infração 05 - 03.01.01; Infração 06 - 02.01.02; e Infração 07 - 02.09.02. Naquele, ver cópias juntadas às fls. 2142 a 2145, os códigos SEAI são absolutamente distintos, quais sejam: Infração 01 - 03.07.02; Infração 02205.09.01; Infração 03 - 03.02.01; Infração 04 - 05.05.03; Infração 05 - 16.04.13.

Afirma que a autuada aponta a inexistência de prorrogação da ação fiscalizadora, transcorridos os noventa dias previstos para sua conclusão. Tal alegação, de modo idêntico à anterior, não pode ser acatada, já que foi devidamente autorizada a referida prorrogação, bem como a lavratura do respectivo termo, cujo instrumento encontra-se à fl. 2063.

Assegura que os juros e multas cobrados no auto de infração estão devidamente previstos na legislação tributária e que o CONSEF não é o foro competente para apreciar e julgar alegações de inconstitucionalidade das referidas normas legais (cerne da preliminar levantada), conforme posição expressa por esse colegiado em inúmeros acórdãos proferidos.

Quanto ao mérito das infrações 01 e 02, diante do argumento da defesa, de que o autuante deveria ter examinado as notas de saídas de mercadorias dos exercícios atinentes às infrações 01 e 02, para apurar o ressarcimento de parte do imposto antecipado, ao qual teria direito, e que, não tendo realizado tal exame, o preposto fiscal não teria utilizado os elementos suficientes para determinar as infrações acima referidas, pleiteando, com isso, o reconhecimento da nulidade das infrações, por entender que o lançamento não conteria elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, ou, caso os julgadores não acatem tal nulidade, requer a conversão do processo administrativo em diligência junto a GERSU-Gerência de Substituição Tributária.

Par combater o argumento do autuado, passa a transcrever o texto do §6º do art. 359 do RICMS/BA:

"Nas operações com produtos farmacêuticos e demais produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353, realizadas por estabelecimento revendedor- atacadista ou distribuidor com destino a hospitais, clínicas, ambulatórios, prontossocorros, 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."

Complementa afirmando que está descrito, no dispositivo acima, o direito ao ressarcimento (recuperação de parte do imposto antecipado), bem como as regras para que tal benefício seja

implementado. O passo inicial para utilizar o benefício descrito é requerer à Gerência de Substituição Tributária autorização para recuperar parte do imposto antecipado. Deferida a autorização, o parecer favorável da GERSU conterà, entre outras, as seguintes condutas a serem observadas pelo contribuinte, sob pena de cancelamento do benefício:

- 1. Elaborar, mensalmente, a planilha de cálculo do imposto a ser ressarcido, para exibição ao Fisco, quando solicitada.*
- 2. O valor do imposto apurado, na referida planilha, deverá ser lançado no livro RAICMS, no campo Outros Créditos, mencionando-se, na coluna Observações, que o lançamento corresponde ao imposto ressarcido em face das operações previstas no § 6º do art. 359 do RICMS/BA.*
- 3. O contribuinte deverá emitir nota fiscal de ressarcimento, em seu nome, devendo tal nota ser apresentada à GERSU para aposição de "visto".*

Salienta que na fase preliminar da fiscalização de empresas com perfil semelhante à autuada (atacadistas de medicamentos), uma das primeiras ações do fiscal é consultar as fontes da Secretaria (INC- Informações do Contribuinte - Processos Tributários) no intuito de saber se a entidade possui ou não autorização para ressarcimento. Foi constatado que a autuada não possui autorização para proceder ao ressarcimento de parte do imposto retido, quando realizar vendas às pessoas jurídicas relacionadas no § 6º do art. 359 do RICMS/BA. Por não estar autorizada, a empresa não elaborou as planilhas de cálculo, para apresentá-las ao Fisco; não lançou os valores apurados no livro RAICMS; não emitiu as notas fiscais de ressarcimento, nem as submeteu ao "visto" da GERSU. Não caberia ao autuante, portanto, examinar as notas fiscais de saídas, corno, absurdamente, pretende a digna defensora, para efetivar os cálculos de um benefício ao qual a empresa não tem direito. Conclui que é possível verificar quão despropositado é o pedido de nulidade formulado, que deve ser repellido pelos dignos julgadores.

Assegura que, de igual modo, o pedido de diligência à GERSU não deve ser acatado, por seu caráter visivelmente protelatório, já que é o contribuinte - e não o processo - quem deve ir à GERSU, no intuito de requerer autorização, caso queira, para recuperar, a partir do deferimento do pedido, parte do imposto que vier a ser retido nas operações futuras que realizar.

Aduz que, tenta a defesa, a partir da interpretação literal da cláusula primeira do Convênio 76/94, que transcreve, afirmar que a responsabilidade pela antecipação do imposto seria do vendedor e não da autuada. É sabido que vários dos estados signatários do referido convênio, entre eles os principais fornecedores da autuada, denunciaram o acerto, deixando de fazer a antecipação do imposto, que passou a ser responsabilidade do adquirente (a TECMÉDICA), na forma regulamentar.

Aduz que a defendente, pela primeira vez em todo seu arrazoado, entra, realmente, no mérito da autuação, ao apontar parcos equívocos que teriam sido cometidos, os quais serão, ao final, analisados e acatados, caso procedam. Contudo, faz questão de salientar que os mencionados equívocos teriam sido constatados após ter efetuado, por amostragem (a palavra foi escrita dessa forma maiúscula e em negrito), uma conferência dos relatórios de débito.

Assegura que os demonstrativos de débito produzidos pelo autuante, referentes às infrações em pauta (01 e 02), expressam os seguintes números:

Ano de 2003 – fls 14 a 16 – 43 notas fiscais – sem contestação

Ano de 2004 – fls. 17 a 26 – 254 notas fiscais – 06 notas contestadas.

Ano de 2005 – fls. 27 a 36 – 230 notas fiscais – 01 nota contestada.

Ano de 2006 – fls. 521 a 539 – 668 itens de produtos – 04 notas

Informa que os equívocos que teriam sido cometidos serão, a partir de agora, analisados e acatados, os que forem procedentes, para, em seguida, serem feitas as necessárias retificações no demonstrativo de débito do auto de infração, eu que as onze notas fiscais listadas pela autuada, às fls. 2081 a 2082, serão, a seguir, organizadas por exercício.

EXERCÍCIO DE 2004 - ITENS 01 a 06 - MESES: MAIO, OUT E DEZ

Acata o autuante os itens 02 e 03, NF 194.882 e 194.690, para abater do valor cobrado no mês de maio de 2004 (R\$15.388,15 - ver fls. 20) a soma dos valores contestados, lançados às fls. 19 e 20 (R\$471,74 + R\$373,72 = R\$845,46), resultando o total retificado de R\$14.542,69.

MÉTODO DE APURAÇÃO: os valores duplicados (R\$471,74 e R\$373,72), referentes às notas fiscais 194.882 e 194.690, foram abatidos do total cobrado no mês de maio (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 19 e 20 dos autos.

Quanto ao item 01 (NF 117.273), por se tratar de produto oriundo de estado (PR) que não denunciou o Convênio 76/94, a antecipação foi efetivada pelo vendedor, não tendo sido cobrado pelo autuante nenhum valor, conforme pode ser visto às fls. 19 e 20.

Acata o autuante o item 04, NF 602.716, para abater do valor cobrado no mês de outubro de 2004 (R\$52.647,76 - ver fls. 24) a diferença entre o valor apurado e o valor corrigido, lançados às fls. 24 (R\$3.714,09 - R\$3.474,33 = R\$239,76), resultando o total retificado de R\$52.408,00.

MÉTODO DE APURAÇÃO: Observar, no demonstrativo de fls. 24, que foi efetivado um novo cálculo de antecipação referente à nota fiscal contestada (NF 602.716, ver cópia às fls. 2109), utilizando-se o valor de 19.824,00 (correspondente ao único dos três produtos listados, o Kaltostat, sujeito ao regime de substituição), tendo sido apurados R\$3.474,33, que confrontados com o valor original (R\$3.714,09) gerou uma diferença de R\$239,76, a qual foi abatida do total cobrado no mês de outubro.

Apresenta em seguida planilha dos ajustes efetuados.

Novembro, item 05

Acata o autuante o item 05, para abater do valor cobrado no mês de novembro de 2004 (R\$18.303,48 - ver fls. 25) o valor contestado (R\$615,62 - ver fls. 25, NF 00648), resultando o total retificado de R\$17.687,86.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor duplicado (R\$615,62), referente à nota fiscal 00648, foi abatido do total cobrado no mês de novembro (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 25 dos autos.

Acata o autuante o item 06, para abater do valor cobrado no mês de dezembro de 2004 (R\$39.469,16 - ver fls. 26) o valor contestado (R\$74,74 - ver fls. 26, NF 64.540), resultando o total retificado de R\$39.394,42.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor duplicado (R\$74,74), referente à nota fiscal 64.540, foi abatido do total cobrado no mês de dezembro (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 26 dos autos.

EXERCÍCIO DE 2005 - ITEM 07 - MÊS: JUNHO

Acata o autuante o item 07, NF 134.672, para abater do valor cobrado no mês de junho de 2005 (R\$20.659,88 - ver fls. 30) a diferença entre o valor apurado e o valor corrigido, lançados às fls. 30 (R\$232,93 - R\$38,49 = R\$194,44), resultando o total retificado de R\$20.465,44.

MÉTODO DE APURAÇÃO: Observar, no demonstrativo de fls. 30, que foi efetivado um novo cálculo de antecipação referente à nota fiscal contestada (NF 134.672, ver cópia às fls. 2126), utilizando-se o valor de 230,50 (correspondente aos três tipos do produto Xylestesin), tendo sido apurados R\$38,49, que confrontados com o valor original (R\$232,93) gerou uma diferença de R\$194,44, a qual foi abatida do total cobrado no mês de junho.

EXERCÍCIO DE 2006 – ITENS 08 a 11 – MESES, JAN, FEV, MAR e ABRIL

Acata o autuante o item 08, para abater do valor cobrado no mês de janeiro de 2006 (R\$58.895,50 - ver fls. 522) o valor contestado, lançado às fls. 521 (R\$289,66/NF 172.156), resultando o total retificado de R\$58.605,84.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor retido via GNRE (R\$289,65), referente à nota fiscal 172.156, foi abatido do total cobrado no mês de janeiro (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 522 dos autos.

FEVEREIRO ITEM 09

Acata o autuante o item 09, para abater do valor cobrado no mês de fevereiro de 2006 (R\$74.131,13 - ver fls. 523) o valor contestado, lançado às fls. 522 (R\$32,56/NF 237.671), resultando o total retificado de R\$74.098,57.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor contestado (R\$32,56), referente à nota fiscal 237.671, foi abatido do total cobrado no mês de fevereiro (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 522/523 dos autos.

MARÇO ITEM 10

Acata o autuante o item 10, para abater do valor cobrado no mês de março de 2006 (R\$30.369,21 - ver fls. 525) o valor contestado, lançado às fls. 524 (R\$47,13/NF 9728), resultando o total retificado de R\$30.322,08.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor retido via GNRE (R\$47,13), referente à nota fiscal 9728, foi abatido do total cobrado no mês de março (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 525 dos autos.

ABRIL ITEM 11

Acata o autuante o item 11, para abater do valor cobrado no mês de abril de 2006 (R\$14.661,64 - ver fls. 527) o valor contestado, lançado às fls. 525 (R\$86,16/NF 12.482), resultando o total retificado de R\$14.575,48.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor contestado (R\$86,16), referente à nota fiscal 12.482, foi abatido do total cobrado no mês de abril (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 525/527 dos autos.

Concluindo os ajustes, o autuante apresenta os demonstrativos de débitos corrigidos, com a indicação das retificações, relativos às infrações 01 e 02, restando a exigência tributária, respectivamente nos valores de R\$ 796.997,354 e 462.854,35.

Quanto às infrações 03 e 04, relativas a recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial, lembra que o autuado alega constar dos demonstrativos de débito dessas infrações, os recolhimentos efetuados sob os códigos 1145 ICMS ANTEC TRIBUTARIA PRODUTOS DO ANEXO 88 RICMS e 1187 ICMS GNR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (a descrição dos códigos, saliente-se, foi, de forma correta, feita pelo próprio contribuinte). As infrações em pauta versam sobre recolhimentos a menos do ICMS antecipação parcial, cujo código é o 2175, razão pela qual o autuante não poderia considerar os códigos 1145 (antecipação total) e 1187 (antecipação total efetivada pelo fornecedor e recolhida mediante GNR).

Todos os recolhimentos do ICMS antecipação parcial, código 2175, foram apropriados durante a elaboração dos demonstrativos de débito das infrações 03 e 04 juntados, respectivamente, às fls. 561 a 588 e 1314 a 1411. Para tanto, foram utilizadas as Relações de DAEs - INC - Informações do Contribuinte, armazenadas na Secretaria da Fazenda, que podem ser vistas às fls. 2021 a 2039, contendo todos os recolhimentos, em todos os códigos, levados a efeito pela empresa, durante os exercícios fiscalizados: 2003 a 2007.

Consigna que nos demonstrativos, acima citados, foram relacionadas, mês a mês, todas as notas fiscais sujeitas ao recolhimento da antecipação parcial, cuja situação tributária é identificada pela análise do produto, da sua classificação fiscal NBM-SH, bem como pelo CFOP, para, em seguida, proceder-se ao cálculo do valor que deveria ter sido antecipado.

Observa, como exemplo, a nota fiscal nº 37.468, juntada às fls. 591 e lançada no demonstrativo de débito às fls. 562 (segundo lançamento). Os produtos ali relacionados não são medicamentos ou assemelhados - o que implicaria em relacionar a nota fiscal no demonstrativo da antecipação total - fato confirmado pela análise da classificação fiscal 9018.90.99, os nove primeiros, e 7310.2990, o último) e o CFOP é 6.10 1 (não é código de mercadoria substituída), caracterizando que é caso de antecipação parcial.

Assegura que tal processo de identificação foi efetivado com relação a todas as notas fiscais envolvidas no processo. Como exemplo de captação correta do imposto recolhido pelo contribuinte sob o código 2175, toma como exemplo o mês de maio de 2004 (fls. 580). Ali consta, conforme afirma, que o contribuinte recolheu o total de R\$2.780,37, valor que foi obtido, às fls. 2025 da Relação de DAEs da Secretaria da Fazenda, salientando que tal recolhimento é exatamente o mesmo lançado na relação de pagamentos trazida pela autuada, conforme se vê às fls. 2131.

Afirma que nenhum outro valor foi recolhido, sob esse código, no mês de maio de 2004, o que prova a correta captação, pelo autuante, dos recolhimentos levados a efeito. Observa que, ao contrário dos 11 equívocos apontados com relação aos itens de notas fiscais relacionados nos demonstrativos de débito das infrações 01 e 02, aqui não houve nenhuma contestação aos valores lançados nas peças de fls. 562 a 588 e 1314 a 1411.

Consigna que em relação ao repetitivo pedido de diligência formulado, deve ser indeferido, posto que já foi pulverizada a sua fundamentação (a falta de captação dos valores recolhidos sob os códigos 1145 e 1187), que cuidam de recolhimentos distintos da espécie em pauta.

Salienta que a infração 05 cuida de desencontros entre os valores do imposto recolhido e os escriturados no livro Registro de Apuração de ICMS e infração 06 trata de ICMS não recolhido em face da não escrituração, apuração e recolhimento do imposto nas operações realizadas via ECF. Afirma que, apesar de ter juntado as duas infrações, a defesa cuida, apenas, da infração 05, nada tendo alegado quanto a 06.

Argumenta que a referida comunicação nada tem a ver com denúncia de débito, já que nada consta nesse sentido nos assentamentos da Secretaria.

Quanto ao argumento de que o ICMS antecipação parcial cobrado nas infrações 03 e 04 seria lançado a crédito nesse exercício de 2006, o que resultaria em nenhum saldo a pagar por parte da autuada referentes às infrações 05 e 06, afirma que o direito ao crédito referente ao ICMS antecipação parcial só existe a partir do momento em que esse imposto é recolhido. Sem recolhimento, como é o caso do ICMS cobrado nas infrações 03 e 04, inexistente o pretendido crédito.

Quanto à infração 06, falta de escrituração, verifica que a apuração e recolhimento do imposto nas operações realizadas mediante ECF, nenhuma defesa foi produzida.

Ressalta que as infrações estão fartamente fundamentadas, conforme demonstrativos e comprobatórios juntados as OS. 1413 a 1935 (522 peças).

A infração 07, segundo o autuante, é impugnada pela defesa sob a alegação de que o valor cobrado, R\$2.407,64, referente ao mês de abril de 2005, teria sido pago em 22.06.2005, no montante de R\$2.780,37, conforme documento juntado às fls. 2131.

Afirma que os valores e o mês de competência são distintos e o documento de fls. 2131 mostra um recolhimento de ICMS antecipação parcial, código 2175, e não o 1844 (ICMS EPP). Os documentos comprobatórios da infração, oriundos de procedimento administrativo visando apurar a veracidade da autenticação mecânica posta em DAE de recolhimento de imposto, foram juntados às fls. 2052 a

2059 dos autos. Mantém o autuante a infração, por entender que o argumento e a prova trazidos aos autos não conseguem elidi-la.

Finaliza, pedido que sejam rechaçadas pelos julgadores, as preliminares e nulidades argüidas, bem como indeferidos os infundados pedidos de diligência formulados.

O autuado, às fl. 2170 a 2178, volta a se pronunciar nos autos, reafirmando a duplicidade de exigência relativa ao Auto de Infração nº 088299.0007/06-0, lavrado em 29/06/2006, metendo à mesma insurgência quanto às multas e juros.

Faz referencia a inconsistência dos levantamentos, conforme erros apontados na pereira manifestação, reafirmando o pedido de diligência. Ressalta os mesmos argumentos sobre a nulidade, tendo em vista a falta de discriminação das notas fiscais de entradas no relatório do autuante. Reproduz os argumentos quanto aos valores de ressarcimento que não foram considerados pelo autuante.

Alega que o prazo não foi suficiente para analisar os documentos a apresentar a contestação, diferente do autuante que teve 180 dias para lavrar o Auto de Infração.

Quanto às infrações 01 e 02, destaca que os relatórios do autuante estão cheios de incorreções, conforme foi demonstrado, reafirmando a nulidade do Auto de Infração ou diligência à GERSU.

Em relação às infrações 03 e 04, argumenta que a falta de indicação das notas fiscais de entrada gera a nulidade das exigências.

Com respeito às infrações 05 e 06, reafirma a auditoria interna que mandou efetuar e que a antecipação gera créditos na apuração do ICMS normal. Entende que a falta de recolhimento de ICMS referente às notas fiscais que foram aditadas e parcialmente cobradas as infrações demonstradas nos itens 03 e 04 do Auto de Infração, deveriam ter sido lançadas a créditos em relação às infrações 05 e 06.

Quanto à infração 07, reafirma a comprovação do pagamento do imposto, através de documento já anexado a defesa, conforme DAE anexado aos autos, sob o código de receita 1844, e autenticação bancária, em 22.06.2005, relativo ao valor de R\$ 2.780,37.

Ratifica os pedidos de nulidades, diligencia, e improcedência, já consubstanciados na primeira manifestação.

VOTO

O presente lançamento de ofício exige o ICMS relativo a 07 infrações, insurgindo-se o autuado contra todas as imputações.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, foram obedecidos os prazos previstos legalmente, não foram verificadas as duplicidade de exigências, bem como foram identificados com clareza o infrator e as infrações imputadas. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do

convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas produzidas de ofício.

Quanto à argüição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, é importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Alinho meu entendimento ao da Professora Mizabel Derzi, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7ª edição, à fl. 519, quando afirma que o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade. Quanto aos juros, foram imputados com base nos dispositivos previstos na legislação tributária estadual e na forma constante do anexo do demonstrativo de débito à fl. 10 dos autos.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Em relação ao argumento de que o auto de infração, lavrado anteriormente sob o número 088299.0007/06-0, em 29/09/2006, consta as mesmas exigências reclamadas no presente Auto de Infração, não tem amparo, conforme segue: primeiramente os períodos iguais entre os dois autos são 2003, 2004 e 2005. No auto de infração anterior a imputação em 2003 se refere ao recolhimento a menos na condição de microempresa ou EPP, bem como omissão de saída de mercadoria por utilização de documento fiscal inidôneo. Para o exercício de 2004, a exigência do auto anterior é de recolhimento a menos por divergências entre as mesmas vias de notas fiscais de saídas. Quanto ao exercício de 2005, a exigência no auto anterior é omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento de documento fiscal nos livros fiscais próprios. Já no presente Auto de Infração a imputação para os exercícios de 2003, 2004 e 2005 é por falta de antecipação ou substituição tributária de mercadorias provenientes de outros Estados. Fica, assim, demonstrado o primeiro Auto de Infração não trás as mesmas exigências ou infrações tributárias, bem como não trata dos mesmos fatos geradores que o presente auto, não havendo a duplicidade alegada na cobrança do imposto.

Não prospera o argumento da defesa de falta de prorrogação da ação fiscalizadora, cujo instrumento de prorrogação encontra-se às fls. 2063.

Quanto ao mérito das infrações 01 e 02, não cabe considerar o ressarcimento pleiteado relativo às vendas para clínicas hospitalares, ambulatórios, prontos socorros, casas de saúde e congêneres, pois foi constatado que a autuada não possui autorização para proceder ao aludido ressarcimento de parte do imposto retido, quando realizar vendas às pessoas jurídicas relacionadas no § 6º do art. 359 do RICMS/BA.

Conforme alinha o autuante, por não estar autorizada, a empresa não elaborou as planilhas de cálculo, para apresentá-las ao Fisco; não lançou os valores apurados no livro RAICMS; não emitiu as notas fiscais de ressarcimento, nem as submeteu ao "visto" da GERSU. Não cabe tal benefício na apuração dos valores devidos relativos às infrações imputadas.

Fica consignado que a maior parte dos estados signatários do Convênio 76/94, entre eles os principais fornecedores da autuada, denunciaram o acerto, deixando de fazer a antecipação do imposto, que passou a ser responsabilidade do adquirente, na forma regulamentar.

Quanto aos equívocos apontados pelo autuado nos demonstrativos de débito produzidos pelo autuante, referentes às infrações em pauta (01 e 02), concluo pelo acolhimento, em consonância com o autuante que efetuou os devidos ajustes como segue:

Cabe, inicialmente esclarecer que não há como acolher os argumentos do autuado para uma verificação em outras notas a não ser aquelas que demonstraram incorreções, que relação ao ano de 2004 – fls. 17 a 26, são 06 notas, quanto ao ano de 2005, 01 nota e para o ano de 2006, 04 notas fiscais.

Seguem as correções na forma literal como foram corretamente efetuadas pelo autuante, destacando que o impugnante, apesar de entender que deveriam ser ampliadas as análises para outras notas, não contestou os ajustes efetuados.

“EXERCÍCIO DE 2004 - ITENS 01 a 06 - MESES: MAIO, OUT E DEZ

Acata o autuante os itens 02 e 03, NF 194.882 e 194.690, para abater do valor cobrado no mês de maio de 2004 (R\$15.388,15 - ver fls. 20) a soma dos valores contestados, lançados às fls. 19 e 20 (R\$471,74 + R\$373,72 = R\$845,46), resultando o total retificado de R\$14.542,69.

MÉTODO DE APURAÇÃO: os valores duplicados (R\$471,74 e R\$373,72), referentes às notas fiscais 194.882 e 194.690, foram abatidos do total cobrado no mês de maio (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 19 e 20 dos autos.

Quanto ao item 01 (NF 117.273), por se tratar de produto oriundo de estado (PR) que não denunciou o Convênio 76/94, a antecipação foi efetivada pelo vendedor, não tendo sido cobrado pelo autuante nenhum valor, conforme pode ser visto às fls. 19 e 20.

Acata o autuante o item 04, NF 602.716, para abater do valor cobrado no mês de outubro de 2004 (R\$52.647,76 - ver fls. 24) a diferença entre o valor apurado e o valor corrigido, lançados às fls. 24 (R\$3.714,09 - R\$3.474,33 = R\$239,76), resultando o total retificado de R\$52.408,00.

MÉTODO DE APURAÇÃO: Observar, no demonstrativo de fls. 24, que foi efetivado um novo cálculo de antecipação referente à nota fiscal contestada (NF 602.716, ver cópia às fls. 2109), utilizando-se o valor de 19.824,00 (correspondente ao único dos três produtos listados, o Kaltostat, sujeito ao regime de substituição), tendo sido apurados R\$3.474,33, que confrontados com o valor original (R\$3.714,09) gerou uma diferença de R\$239,76, a qual foi abatida do total cobrado no mês de outubro.

Apresenta em seguida planilha dos ajustes efetuados.

Novembro, item 05

Acata o autuante o item 05, para abater do valor cobrado no mês de novembro de 2004 (R\$18.303,48 - ver fls. 25) o valor contestado (R\$615,62 - ver fls. 25, NF 00648), resultando o total retificado de R\$17.687,86.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor duplicado (R\$615,62), referente à nota fiscal 00648, foi abatido do total cobrado no mês de novembro (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 25 dos autos.

Acata o autuante o item 06, para abater do valor cobrado no mês de dezembro de 2004 (R\$39.469,16 - ver fls. 26) o valor contestado (R\$74,74 - ver fls. 26, NF 64.540), resultando o total retificado de R\$39.394,42.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor duplicado (R\$74,74), referente à nota fiscal 64.540, foi abatido do total cobrado no mês de dezembro (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 26 dos autos.

EXERCÍCIO DE 2005 - ITEM 07 - MÊS: JUNHO

Acata o autuante o item 07, NF 134.672, para abater do valor cobrado no mês de junho de 2005 (R\$20.659,88 - ver fls. 30) a diferença entre o valor apurado e o valor corrigido, lançados às fls. 30 (R\$232,93 - R\$38,49 = R\$ 194,44), resultando o total retificado de R\$20.465,44.

MÉTODO DE APURAÇÃO: Observar, no demonstrativo de fls. 30, que foi efetivado um novo cálculo de antecipação referente à nota fiscal contestada (NF 134.672, ver cópia às fls. 2126), utilizando-se o valor de 230,50 (correspondente aos três tipos do produto Xylestesin), tendo sido apurados R\$38,49, que confrontados com o valor original (R\$232,93) gerou uma diferença de R\$194,44, a qual foi abatida do total cobrado no mês de junho.

EXERCÍCIO DE 2006 – ITENS 08 a 11 – MESES, JAN, FEV, MAR e ABRIL

Acata o autuante o item 08, para abater do valor cobrado no mês de janeiro de 2006 (R\$58.895,50 - ver fls. 522) o valor contestado, lançado às fls. 521 (R\$289,66/NF 172.156), resultando o total retificado de R\$58.605,84.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor retido via GNRE (R\$289,65), referente à nota fiscal 172.156, foi abatido do total cobrado no mês de janeiro (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 522 dos autos.

FEVEREIRO ITEM 09

Acata o autuante o item 09, para abater do valor cobrado no mês de fevereiro de 2006 (R\$74.131,13 - ver fls. 523) o valor contestado, lançado às fls. 522 (R\$32,56/NF 237.671), resultando o total retificado de R\$74.098,57.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor contestado (R\$32,56), referente à nota fiscal 237.671, foi abatido do total cobrado no mês de fevereiro (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 522/523 dos autos.

MARÇO ITEM 10

Acata o autuante o item 10, para abater do valor cobrado no mês de março de 2006 (R\$30.369,21 - ver fls. 525) o valor contestado, lançado às fls. 524 (R\$47,13/NF 9728), resultando o total retificado de R\$30.322,08.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor retido via GNRE (R\$47,13), referente à nota fiscal 9728, foi abatido do total cobrado no mês de março (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 525 dos autos.

ABRIL ITEM 11

Acata o autuante o item 11, para abater do valor cobrado no mês de abril de 2006 (R\$14.661,64 - ver fls. 527) o valor contestado, lançado às fls. 525 (R\$86,16/NF 12.482), resultando o total retificado de R\$14.575,48.

MÉTODO DE APURAÇÃO: O valor contestado (R\$86,16), referente à nota fiscal 12.482, foi abatido do total cobrado no mês de abril (coluna valor antecipado a menor), conforme pode ser comprovado às fls. 525/527 dos autos."

Assim, após as devidas correções, o autuante apresenta os demonstrativos de débitos ajustado às fls. 2159 e 2160, com a indicação das retificações relativas às infrações 01 e 02, restando a exigência tributária, respectivamente nos valores de R\$ 796.997,354 e 462.854,35, com os quais concordamos integralmente.

Quanto às infrações 03 e 04, ficou demonstrado que não tem pertinência a alegação do autuado de que não foram deduzidos os valores relativos aos recolhimentos efetuados sob os códigos 1145 ICMS recolhido através da antecipação tributária dos produtos constantes do anexo 88 RICMS e 1187 ICMS recolhido através de GNRE, substituição tributária. As infrações em pauta versam sobre recolhimentos a menos do ICMS antecipação parcial, cujo código é o 2175, razão pela qual o autuante não poderia considerar os códigos 1145 (antecipação total) e 1187 (antecipação total efetivada pelo fornecedor e recolhida mediante GNR).

Não causou nenhum óbice à falta de relação ou identificação das notas fiscais cujo imposto foi recolhido mensalmente por antecipação parcial, cujos valores foram obtidos do livro de apuração do ICMS do autuado, para identificar o quanto devido, pois são notas fiscais de posse do autuado, cabendo ao mesmo, se entender pertinente, utiliza-las para contestar a exigência.

A infração 05 cuida de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e os escriturados no livro Registro de Apuração de ICMS e infração 06 trata de ICMS não recolhido em face da não escrituração, apuração e recolhimento do imposto nas operações realizadas via ECF.

Preliminarmente, cabe informar que não consta nos registros da SEFAZ, bem como não foi apresentada, nenhuma comunicação relativa às infrações em referência, antes de suas imputações.

Quanto ao argumento de que o ICMS antecipação parcial cobrado nas infrações 03 e 04 seria lançado a crédito nesse exercício de 2006, referentes às infrações 05 e 06. Cabe esclarecer, inicialmente, que as infrações 05 e 06 são relativas exclusivamente ao exercício de 2006. Apenas a infração 04, consta exigência da antecipação parcial no exercício de 2006.

Verifico que não têm pertinência os argumentos do autuado, pois a exigência da antecipação parcial é para o pagamento antecipado de parte do imposto a ser devido pelo próprio contribuinte relativo a um fato gerador que ocorrerá em um momento posterior, ou seja, o contribuinte satisfaz antecipada e parcialmente a exigência do imposto que só lhe será integralmente cobrado quando da circulação das mesmas mercadorias, alvo da antecipação parcial. Momento, esse, em que será satisfeita totalmente a exigência do tributo, com o pagamento complementar do imposto devido. Ora, não ficaram confirmadas as saídas subsequentes das mesmas mercadorias, esse fato resultou na manutenção da exigência do ICMS relativo a antecipação parcial das infrações 03 e 04 e não na multa

por descumprimento da obrigação acessória, que só seria pertinente com tal comprovação. Assim, não acolho o pedido de dedução dos valores exigidos nas infrações 03 e 04 para o pagamento das infrações 05 e 06, que, por sua vez são procedentes.

Em relação à infração 06, não foi verificada, contestação quanto à falta de escrituração e recolhimento do imposto nas operações realizadas mediante ECF.

Sendo assim, considero subsistentes as infrações 05 e 06.

A infração 07 é resultante da não identificação na lista de arrecadação da SEFAZ, do DAE de recolhimento apresentado pelo autuado concernente ao mês de abril de 2005, cuja consulta ao banco recebedor, Bradesco, foi negativa, no sentido de que os valores concernentes ao aludido DAE não foi recolhido ao banco, conforme consta às fls. 2052 a 2059 dos autos.

O impugnante, em relação à infração 07, alega que o valor cobrado, R\$ 2.407,64, referente ao mês de abril de 2005, teria sido pago em 22.06.2005, no montante de R\$2.780,37, conforme documento juntado às fls. 2131. Ocorre, entretanto, que os valores e o mês de competência, como indica o autuante, são distintos, bem como o documento de fls. 2131 mostra um recolhimento de ICMS antecipação parcial, código 2175, e não o 1844 (ICMS EPP).

Fica mantida, assim, a infração 07, por entender que o argumento e a prova trazidos aos autos não conseguem elidir a imputação.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme segue:

infração	v. devido	50%	60%	70%
1	796.997,35	796.997,35		
2	462.854,35		462.854,35	
3	283.678,47	283.678,47		
4	81.015,94		81.015,94	
5	116.495,89		116.495,89	
6	50.359,18			50.359,18
7	2.407,64	2.407,64		
Totais	1.793.808,82	1.083.083,46	660.366,18	50.359,18

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206855.0001/08-5**, lavrado contra **TECMÉDICA HOSPITAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.793.808,82**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 1.083.083,46, 60% sobre R\$ 660.366,18 e de 70% sobre R\$50.359,18, previstas no art. 42, I, “b”, itens 1 e 3, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR