

A. I. Nº - 206855.0005/07-2
AUTUADO - EXPRESSA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 24. 09. 2009

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0307-01/09

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Restou demonstrado que o autuado praticou as irregularidades apontadas no levantamento levado a efeito pelo autuante. Não acolhida a argüição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Infração subsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Não assiste razão ao autuado, pois, sendo a saída interestadual tributada, não pode ficar ao talante do sujeito passivo da relação tributária, proceder ou não a tributação, por ter o fornecedor realizado a antecipação do imposto em etapa anterior. Infração subsistente. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** ABATIMENTO DO IMPOSTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DO PROGRAMA DE INCENTIVO AO ESPORTE AMADOR DO ESTADO DA BAHIA – FAZATLETA. **b)** ABATIMENTO DO IMPOSTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DO PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL À CULTURA DO ESTADO DA BAHIA – FAZCULTURA. Mantidas as infrações 02, 03 e 04 julgadas procedentes, conforme Acórdão JJF Nº 0206-01/08. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2007, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 1.362.857,13, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. recolheu a menos o ICMS por antecipação em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação de base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88 [artigo 353, II, do RICMS/BA], nos meses de agosto a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 936.041,08, acrescido da multa de 60%. Consta que os demonstrativos da infração, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, podem ser vistos às fl. 11 a 374.
2. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de agosto a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 414.735,94, acrescido da multa de 50%;
3. recolheu a menos ICMS em decorrência de abatimento deste imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo ao Esporte Amador do Estado da Bahia –Fazatleta, disposto na Lei nº. 7.539/99, não sendo mediante fraude ou dolo, em dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.110,60, acrescido da multa de 60%;

4. recolheu a menos ICMS em decorrência de abatimento deste imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo Fiscal à Cultura do Estado da Bahia –Fazcultura, disposto na Lei nº 7.539/99, não sendo mediante fraude ou dolo, em dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.969,51, acrescido da multa de 60%;

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória às fls. 457 a 475, prestando, inicialmente, esclarecimentos acerca da empresa, dizendo que se trata de distribuidora do ramo de medicamentos estando os seus produtos sujeitos à substituição tributária na modalidade de antecipação, de forma que não há que se falar em falta de pagamento do ICMS.

Diz que a substituição tributária praticada obedece as regras do RICMS/BA, bem como ao disposto nos Convênios ICMS nºs 76/94 e 04/95, onde há previsão expressa para redução da base de cálculo em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento), regra esta repetida pelo artigo 61, §2º, inciso I, do RICMS/BA, que reproduz.

Destaca que o Convênio ICMS nº 76/94 estabelece as Margens de Valor Agregado – MVA a serem utilizadas nas operações de substituição tributária com produtos farmacêuticos. Diz ainda que para este ramo de atividade, existe previsão de uma redução adicional da base de cálculo nos termos do Decreto nº 7.799/2000. Afirma que este decreto em seu artigo 3-A dispõe sobre a possibilidade de uma redução da base de cálculo em 18,53% sem prejuízo da redução de 10% já prevista no artigo 61, §2º, I, do RICMS/BA, o qual transcreve.

Prosseguindo, diz que a fruição do benefício está condicionada à celebração de Termo de Acordo específico firmado entre o Estado da Bahia e o contribuinte interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso, sendo deferido através de Regime Especial exarado pela Diretoria de Tributação, de acordo com o artigo 7º do referido decreto.

Salienta que em obediência à previsão contida no Decreto nº 7.799/2000, protocolizou requerimento para assinatura do Termo de Acordo em 17/08/2005, obtendo o seu regime especial através do Parecer nº 11030/2005 em 12/12/2005.

Assevera que possui ainda autorização para ressarcimento do ICMS substituído nas operações com produtos farmacêuticos, através do Parecer nº 6998/2006, conforme a previsão do artigo 359 §6º, do RICMS/BA. Encerra os seus esclarecimentos iniciais, sustentando que demonstrará ter o autuante incorrido em diversos equívocos na autuação.

Atacando a infração 01, sustenta que as diferenças apontadas na autuação decorreram de equívocos os quais aponta, conforme abaixo:

1. Inobservância do Regime Especial autorizativo do Termo de Acordo para aproveitamento da redução da base de cálculo em 18,53%. Afirma que protocolizou requerimento para assinatura do Termo de Acordo em 17/08/2005, portanto, dois meses antes do início da utilização do benefício glosado, considerando que o Auto de Infração indica fatos geradores ocorridos supostamente desde o mês de agosto de 2005 até dezembro de 2006, e que somente passou a fruir efetivamente da redução da base de cálculo de 18,53%, apenas 2 meses após o protocolo e depois dos prazos previstos no RICMS/BA para obtenção da resposta. Invoca o artigo 900 e seguintes do RICMS/BA, para dizer que a falta de observação dos prazos legais pela administração pública também conhecida como inobservância do devido processo legal é um desrespeito ao princípio constitucionalmente estabelecido. Reproduz o artigo 902, §1º, do RICMS/BA, os Acórdãos JJF Nº 0144-01/02 e JJF Nº 0351-01/02 e evoca ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Melo, para reforçar e embasar o seu procedimento de utilização da analogia com a regra para restituição de indébitos prevista no RPAF/99, que prevê a possibilidade de o contribuinte lançar o crédito em sua escrita fiscal, quando não observado o prazo para resposta do pedido de restituição formulado.

2. Erros nos levantamentos dos ressarcimentos previstos no artigo 359, § 6º, do RICMS/BA.

Afirma estar autorizada através de Regime Especial concedido nos termos do Parecer nº 6998/2006, a efetuar o ressarcimento do ICMS substituído nas operações de vendas de medicamentos a hospitais, clinicas, casas de saúde e órgãos governamentais, bem como quando o imposto tenha sido antecipado pelo próprio contribuinte.

Admite que ao efetuar a revisão do demonstrativo apresentado pelo autuante, constatou que os seus demonstrativos apresentados na época da fiscalização continham equívocos que induziram a erro o autuante. Diz que está apresentando os demonstrativos refeitos com as correções dos erros identificados, bem como apresenta por amostragem, as relações e as notas fiscais que serviram de base para o ressarcimento do mês de julho, demonstrando a sua boa fé, registrando que está disponibilizando o restante dos documentos relacionados nas planilhas apresentadas. Ressalta que somente passou a fazer uso do procedimento de ressarcimento após a ciência do Parecer nº 6998/2006.

Pede que seja feita diligência “in loco” na sua contabilidade, a fim de afastar dúvidas quanto a correção dos ressarcimentos realizados.

3. Da Redução de 10% da Base de Cálculo.

Afirma que o autuante apurou “ICMS antecipado a menor”, em razão de vendas para entidades distintas daquelas relacionadas no §6º do artigo 359 do RICMS/BA e que ao refazer os cálculos utilizou o preço máximo de venda ao consumidor (PMC), conforme previsão legal, porém, não observou que o mesmo dispositivo legal prevê a redução de 10% da base de cálculo.

Reproduz o artigo 61, XV, I, §2º do RICMS/BA, bem como a cláusula segunda do Convênio 76/94, para fundamentar os seus argumentos.

4. Da Alíquota de 12% nas Vendas Interestaduais.

Sustenta que, além de ter realizado vendas internas, também realizou vendas interestaduais, cabendo a aplicação da alíquota de 12% (doze por cento), tendo em vista que os destinatários eram contribuintes do ICMS. Reproduz o artigo 50 I, “b”, II, do RICMS/BA, para afirmar que ao remeter mercadoria para contribuinte do ICMS localizado noutra unidade da Federação, independente de sua finalidade (ativo imobilizado, uso ou consumo ou revenda) a regra geral é a tributação pela alíquota interestadual de 12%.

5. Da Aplicação da MVA às Entidades Hospitalares e Congêneres.

Assevera que o autuante desconsiderou a regra da margem de valor adicionado (MVA) prevista no artigo 61, inciso XV, do RICMS/BA, nas vendas destinadas a três empresas: Associação Piauiense de Combate ao Câncer, Fundação Benjamim Guimarães e UNIMED Sergipe – Cooperativa de Trabalho Médico, por entender que não são hospitais, clinicas, ambulatórios, prontos socorro, casas de saúde nem congêneres. Sustenta que o autuante considerou que as referidas empresas são distintas daquelas relacionadas no § 6º do artigo 359 do RICMS/BA, e utilizou na autuação o preço máximo ao consumidor (PMC), o que é totalmente inverídico, haja vista que todos são entidades hospitalares.

Conclui a sua impugnação quanto a este item da autuação, dizendo que corrigidos os equívocos cometidos no lançamento, resulta numa redução substancial dos valores inicialmente lançados no Auto de Infração, devendo ser julgado procedente em parte de acordo com os novos demonstrativos que apresenta.

Pede ao apelo da equidade e com fulcro no artigo 42, §8º da Lei nº 7.014/96 c/c o artigo 159 do RPAF/99, que seja apreciada pela Câmara Superior do CONSEF a dispensa da multa aplicada na autuação.

Finaliza requerendo que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidos em direito, com a juntada posterior de documentos, além dos anexados, e outros que se fizerem necessários, bem

como a realização de diligência pela ASTEC/CONSEF, a fim de que sejam comprovadas todas as razões apresentadas e, afinal, o julgamento pela procedência em parte do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 729 a 733, contestando as alegações defensivas referentes à infração 01, abordando todos os tópicos apresentados pelo impugnante da seguinte forma:

1. Inobservância do Regime Especial autorizativo do Termo de Acordo para aproveitamento da redução da base de cálculo em 18,53%. Sustenta que o Termo de Acordo foi assinado pela autoridade competente em 12/12/2005, passando a produzir os seus efeitos a partir desta data. Diz que retificou os cálculos de apuração do imposto antecipado do período de outubro de 2005 até 11/12/2005, tendo em vista a aplicação indevida da redução de 18,53% por parte do autuado, conforme demonstrativo às fls. 38 a 42; 64 a 67 e 89 a 92. Salienta que a alegada demora da decisão do processo decorreu de falhas de instrução cometidas pelo próprio contribuinte, como deixar de anexar o Termo de Acordo devidamente assinado; deixar de apresentar os arquivos magnéticos, além do tempo necessário para que o parecerista pudesse analisar a situação de regularidade da empresa, conforme pode ser verificado nos pareceres intermediários do Processo nº. 15011320050.

2. Erros nos levantamentos dos resarcimentos previstos no artigo 359,§6º, do RICMS/BA.

Afirma que os demonstrativos apresentados pelo autuado na época da fiscalização, efetivamente continham inúmeros erros, centenas deles, implicando na captação indevida de ressarcimento, em valores consideráveis. Diz que corrigiu tais erros de forma correta encontrando o valor verdadeiro a ressarcir, infinitamente inferior ao pretendido pela empresa.

Prosseguindo, aproveita o período de julho de 2006, citado pelo autuado, para explicitar os erros cometidos nas Notas Fiscais nºs 9941 (fls. 293) e 9943 (fls. 294/295). Aponta outros erros cometidos, e, salienta que o pedido de diligência é meramente protelatório diante da prova robusta juntada aos autos.

3. Da Redução de 10% da Base de Cálculo.

Afirma que a redução foi observada, conforme pode ser verificado no demonstrativo de fls. 123, primeiro registro referente às Notas Fiscais 499 e 90061.

4. Da Alíquota de 12% nas Vendas Interestaduais.

Afirma que pretende o autuado a aplicação de alíquota de 12% sobre a base de cálculo da antecipação, por se tratar de vendas interestaduais, quando o correto é aplicar-se sobre tal base de cálculo a alíquota vigente para as operações internas na unidade da Federação de destino, 17%, conforme cláusula terceira do Convênio nº 76/94, procedimento que adotou na autuação.

5. Da Aplicação da MVA às Entidades Hospitalares e Congêneres.

Sustenta que as três entidades, Associação Piauiense de Combate ao Câncer, Fundação Benjamim Guimarães e UNIMED Sergipe – Cooperativa de Trabalho Médico, são distintas daquelas relacionadas no § 6º do artigo 359 do RICMS/BA, conforme cadastros juntados às fls. 438 a 442, estando correto o cálculo da antecipação do imposto com base no PMC.

Conclui mantendo integralmente a infração 01.

No que concerne ao pedido de dispensa da multa, opina pelo indeferimento, pois, apesar de o autuado ter escriturado as operações, deixou de apurar e recolher o ICMS devido sobre as vendas interestaduais de medicamentos quimioterápicos.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

Consta à fl. 753, “Relatório Débito do PAF”, com demonstrativo de parcelamento de valor parcial do débito.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal julgou o Auto de Infração procedente em parte, nos termos do Acórdão nº 0206-01/08, considerando subsistentes as infrações 02, 03 e 04 e nula a infração 01, recorrendo de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, conforme manda o artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99.

A 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, ao analisar o Recurso de Ofício interposto, independentemente das manifestações procedidas pelo autuante e pelo autuado, às fls. 775 a 780 e 802 a 807, respectivamente, na sessão de julgamento do Auto de Infração em lide, proferiu decisão nos termos do Acórdão CJF Nº 0133-11/09, reformando o julgamento da 1^a JJF, por não acatar a nulidade da infração 01, devolvendo o PAF para novo julgamento pela 1^a Instância, quanto ao mérito da autuação, conforme consignado no voto do Relator abaixo reproduzido parcialmente:

“VOTO

Da análise do Recurso de Ofício interposto, restrito unicamente à infração 1, a qual foi julgada nula, sob a justificativa de não ser possível determinar a natureza da infração e o montante do débito tributário efetivamente devido, devo ressaltar que, independentemente das manifestações procedidas pelo autuante e pelo autuado, às fls. 775 a 780 e 802 a 807, verifico que a Decisão recorrida incorreu em erro ao considerá-la nula, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, estando a referida infração devidamente demonstrada e documentada, senão vejamos:

(...)

- *Contudo, da análise das peças processuais, verifico que a Decisão recorrida incorreu em erro quando entendeu que os itens 4 e 5 não possuem qualquer relação com a exigência fiscal. Devo esclarecer que, segundo o voto exarado, ao aludidos itens dizem respeito a: item 4: **Da Alíquota de 12% nas Vendas Interestaduais** e item 5: **Da Aplicação da MVA às Entidades Hospitalares e Congêneres**, consoante foram alegados pelo autuado em sua impugnação.*
- *Em relação à alíquota de 12%, conforme foi esclarecido pelo autuante, em sua informação fiscal, para se calcular a antecipação tributária dos medicamentos adquiridos, se aplica a alíquota de 17% sobre a base de cálculo da antecipação tributária, de cujo valor encontrado se deduz o imposto destacado na nota fiscal de entradas. Tal expediente foi necessário para se saber o valor do imposto que foi antecipado, de forma a proceder à apuração da diferença entre o valor calculado com a MVA (antecipação tributária nas aquisições dos medicamentos) e a antecipação devida apurada através do PMC (Preço Máximo ao Consumidor), em razão da constatação de operações de saídas para entidades não hospitalares.*
- *Quanto à aplicação da MVA (Margem de Valor Adicionado) às entidades distintas das Hospitalares e Congêneres, restou comprovado que também não se trata de exigência da antecipação do ICMS sobre as saídas, mas, sim, do refazimento do cálculo para cobrança da diferença do ICMS da antecipação, realizada a menos em face da utilização da MVA, decorrente da apuração através da aplicação do PMC, por se destinarem medicamentos para entidades distintas daquelas relacionadas no § 6º do art. 359 do RICMS, consoante fls. 123 a 125 e 361 a 365 dos autos.*

Portanto, com toda segurança, podemos afirmar que, para efeito da exigência do imposto relativo à infração 1, as operações de saídas promovidas pelo autuado foram relevadas no levantamento fiscal do autuante apenas para a verificação da base de cálculo a ser considerada correta, quando da antecipação tributária realizada nas entradas dos medicamentos, ou seja, se aplicava o PMC ou a MVA, considerando que ocorreram saídas de mercadorias para órgãos públicos, hospitalares, clínicas, consoante § 6º do art. 359 do RICMS, com direito ao resarcimento da antecipação tributária originariamente realizada, e recálculo da antecipação tributária em decorrência de

vendas para entidades distintas daquelas, cujo cálculo para a antecipação tributária deveria ser feito pelo PMC e não com MVA. Logo, os elementos contidos nos autos são suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, sendo sua base de cálculo devidamente demonstrada, fatos incontestáveis.

Por fim, devo salientar que o sujeito passivo, à fl. 753, reconheceu parte do débito da citada infração 1.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso de Ofício para ANULAR a Decisão recorrida, afastando a nulidade da infração 1, devolvendo o PAF à 1ª Instância para novo julgamento, quanto ao mérito da autuação.”

Intimado o contribuinte para conhecimento da decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão CJF N. 0133-11/09,(fl. 826), este se manifesta através de advogados legalmente constituídos (fls. 831 a 840), apresentando um breve histórico dos fatos, dizendo que a defesa foi apresentada tempestivamente, tendo reconhecido as infrações 03 e 04 e impugnado as infrações 01 e 02.

Diz que a 1ª JJF julgou a infração 01 nula, por ter entendido que nos itens 4 e 5 a Bahia não é parte legítima para pleitear os créditos, por se tratar de operações interestaduais de vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto é devido ao estado de destino, e relativamente aos itens 1, 2 e 3 da mesma infração, reconhece o argumento defensivo de não ser possível determinar a natureza da infração e do montante do débito, destacando que as incorreções não podem ser sanadas ou suprimidas, pois mudaria o fulcro da autuação, sendo a nulidade declarada com fulcro no artigo 18, IV, “a” do RPAF/99. Quanto às infrações 02, 03 e 04 foram julgadas procedentes.

Afirma que o autuante apresentou mesmo sem previsão legal, uma nova informação fiscal, na qual discorda do julgamento pela nulidade da infração 01. Rechaça todos os argumentos apresentados pelo autuante, reiterando as alegações apresentadas na peça de defesa vestibular.

Tece diversas considerações sobre a nulidade decretada pela 1ª JJF, afirmindo ter esta sido correta, tendo em vista que não era possível discriminar com segurança a suposta infração que lhe foi imputada, pois a descrição do fato infringente deveria ter sido completa não só para a compreensão do autuado, mas também para o entendimento do órgão julgador, o que não foi feito no presente caso.

Conclui requerendo a manutenção pela nulidade da infração 01, e que seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração.

VOTO

A princípio, cumpre registrar que esta 1ª JJF decidiu pela nulidade da infração 01, conforme o Acórdão nº 0206-01/08, tendo recorrido de ofício da 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.

Vale dizer que, por ser um Recurso de Ofício, portanto, interposto pela própria 1ª JJF para uma superior instância, a decisão recorrida pode ser confirmada, modificada ou reformada.

No caso da infração 01 foi o que exatamente ocorreu. Ou seja, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento do Auto de Infração em lide, proferiu decisão através do Acórdão CJF Nº. 0133-11/09, reformando o julgamento da 1ª JJF, por não acatar a nulidade da infração 01, devolvendo o PAF para novo julgamento pela 1ª Instância. Em vista disto, as infrações 2, 3, e 4 não mais serão apreciadas no presente julgamento, permanecendo o quanto decidido através do Acórdão nº 0206-01/08.

De início, é indispensável para este novo julgamento da infração 01, que seja esclarecido que esta 1ª JJF, dentre os cinco itens que compõem esta infração, compreendeu perfeitamente os itens 1, 2 e 3, pois assim se reportou na decisão:

“Assim é que, dentre os cinco itens acima destacados em negrito, os únicos que podem ter repercussão na apuração do imposto devido por antecipação de que cuida o Auto de Infração em discussão, são os itens 1, 2 e 3, haja vista que podem afetar diretamente a apuração do imposto. Explicando: os itens 1 e 3 pela possibilidade de redução da base de cálculo, aplicável, inclusive, no caso de antecipação do imposto. O item 2, pela possibilidade de utilização do valor resarcido para abatimento do imposto devido por antecipação”

Na realidade, os itens que determinaram a nulidade foram os itens 4 e 5, conforme se vê abaixo:

No que concerne aos itens 4 e 5, não vislumbro qualquer relação com a exigência fiscal, haja vista que cuidam de saídas interestaduais (vendas) de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto é devido ao Estado de destino, significando dizer que o Estado da Bahia não figura no pólo ativo da relação jurídica tributária, para exigir o imposto. Trata-se, no caso, de ilegitimidade ativa do Estado da Bahia.

Ocorre que, após reexame da matéria, em decorrência da reforma do julgamento nos termos do Acórdão n. 0133-11/09, inclusive, da análise do voto do eminentíssimo Relator Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, constato que, efetivamente, laborou em equívoco esta 1ª JJF, quanto aos itens 4 e 5, haja vista que, diversamente do entendimento manifestado na decisão reformada, não se trata de ilegitimidade ativa do Estado da Bahia.

Na realidade, conforme dito pelo ilustre Relator da CJF: *“Portanto, com toda segurança, podemos afirmar que, para efeito da exigência do imposto relativo à infração 1, as operações de saídas promovidas pelo autuado foram relevadas no levantamento fiscal do autuante apenas para a verificação da base de cálculo a ser considerada correta, quando da antecipação tributária realizada nas entradas dos medicamentos, ou seja, se aplicava o PMC ou a MVA, considerando que ocorreram saídas de mercadorias para órgãos públicos, hospitais, clínicas, consoante § 6º do art. 359 do RICMS, com direito ao ressarcimento da antecipação tributária originariamente realizada, e recálculo da antecipação tributária em decorrência de vendas para entidades distintas daquelas, cujo cálculo para a antecipação tributária deveria ser feito pelo PMC e não com MVA. Logo, os elementos contidos nos autos são suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, sendo sua base de cálculo devidamente demonstrada, fatos incontestáveis.”*

Portanto, concluo que os cinco itens apontados no levantamento atinente à infração 01 guardam plena correspondência com a acusação fiscal. Ou seja, dizem respeito à antecipação tributária, na forma descrita no Auto de Infração.

Relevante registrar que o impugnante compreendeu plenamente a acusação fiscal, haja vista que reconheceu parte significativa desta infração, inclusive, parcelando o valor do débito reconhecido, conforme “Relatório de Débito do PAF” à fl. 753.

Diante do exposto, não acolho a manutenção da nulidade, conforme requerido pelo autuado em sua última manifestação, por restar evidente o equívoco cometido no julgamento recorrido.

No mérito, observo que o impugnante apesar de na peça vestibular rechaçar as infrações 01 e 02 integralmente e reconhecer as infrações 03 e 04, requereu o parcelamento do débito relativo às infrações 02, 03 e 04 integralmente e da infração 01 parcialmente, conforme “Relatório Débito do PAF” à fl. 753.

Conforme dito acima, o autuado rechaçou a acusação fiscal referente à infração 01, apresentando na peça de defesa as suas alegações quantos aos cinco itens englobados na autuação, conforme destacado em negrito, cuja análise após confrontar as razões defensivas com a contestação do autuante faço abaixo:

1. Inobservância do Regime Especial autorizativo do Termo de Acordo para aproveitamento da redução da base de cálculo em 18,53%.

Verifico que o autuante agiu corretamente, haja vista que apurou o imposto antecipado do período de outubro de 2005 até 11/12/2005, pela utilização indevida da redução de 18,53% por parte do autuado, período no qual o contribuinte ainda não era beneficiário do Termo de Acordo.

Em verdade, diversamente do entendimento manifestado pelo autuado, o Termo de Acordo somente poderia ser utilizado a partir da data do deferimento pela autoridade competente, no caso, em 12/12/2005, passando a produzir os seus efeitos a partir desta data e não antes, conforme se pode inferir da redação do artigo 903 do citado Diploma regulamentar abaixo reproduzido:

“Art. 903. Concedido o regime especial pelo Diretor de Tributação, ou recebida a comunicação da Receita Federal de que trata o § 3º do artigo anterior, o processo será encaminhado à GECOT, à qual cabe exercer o controle dos regimes especiais, por sistema informatizado da Secretaria da Fazenda.”

Ademais, o prazo de 20 (vinte) dias previsto no artigo 902, §1º do RICMS/BA, mencionado pelo impugnante, certamente diz respeito à emissão do parecer pelo funcionário responsável da GECOT e não para concessão do regime especial.

2. Erros nos levantamentos dos resarcimentos previstos no artigo 359,§6º, do RICMS/BA.

Constatou assistir razão ao autuante, haja vista que o autuado incorreu em erros que redundaram em resarcimento em valor indevido, conforme demonstrados nos autos. Observo que no exemplo dado pelo autuante referente às Notas Fiscais nºs 9941 (fl. 293) e 9943(fls. 294/295), resta claro o cometimento dos equívocos apontados em todo período autuado.

Na realidade, a redução da base de cálculo de 28,53% deveria ter sido apurada pelo autuado, diretamente sobre a base de cálculo encontrada, conforme procedido pelo autuante e não aplicando a redução de 10% sobre a base de cálculo e, posteriormente, reduzir o valor encontrado em mais 18,53%.

Não acolho o pedido de diligência requerido pelo impugnante, haja vista que os demonstrativos identificam o cometimento da infração, inclusive, no mês de julho mencionado na peça defensiva.

3. Da Redução de 10% da Base de Cálculo.

Verifico assistir razão ao autuante, haja vista que, diversamente do alegado pelo impugnante, na apuração do imposto com base no PMC foi considerada a redução de 10% da base de cálculo, conforme o demonstrativo à fl. 123, Notas Fiscais 499 e 90061.

4. Da Alíquota de 12% nas Vendas Interestaduais.

Verifico que neste item também laborou em acerto o autuante, tendo em vista que se trata de antecipação tributária, sendo aplicável sobre a base de cálculo a alíquota vigente para as operações internas na unidade da Federação de destino, no caso, 17%, conforme cláusula terceira do Convênio nº. 76/94, não sendo aplicável a alíquota de 12%, conforme pretendido pelo autuado.

5. Da Aplicação da MVA às Entidades Hospitalares e Congêneres.

Conforme os documentos acostados pelo autuante as três entidades mencionadas pelo impugnante, no caso, Associação Piauiense de Combate ao Câncer, Fundação Benjamim Guimarães e UNIMED Sergipe – Cooperativa de Trabalho Médico, são distintas daquelas relacionadas no § 6º do artigo 359 do RICMS/BA, ou seja, não são entidades hospitalares ou congêneres, sendo correta a autuação com base no PMC.

Verifica-se no documento “Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica” à fl. 438, que a Associação Piauiense de Combate ao Câncer, tem como atividade – Código 85.31-6-99 – Outros serviços sociais com alojamento; a Fundação Benjamim Guimarães também tem a mesma atividade acima referida, conforme documento acostado à fl. 440; e a UNIMED Sergipe – Cooperativa de Trabalho Médico, tem como atividade –Código 66.30-3-00 – Planos de saúde, conforme documento acostado à fl.442.

Diante da análise acima exposta, considero integralmente subsistente a infração 01.

Quanto ao pedido de que seja apreciada ao apelo da equidade e com fulcro no artigo 42, §8º da Lei nº 7.014/96 c/c o artigo 159 do RPAF/99, a dispensa da multa pela Câmara Superior do CONSEF, certamente não tem esta Junta de Julgamento Fiscal competência para proceder tal encaminhamento, cabendo ao impugnante, querendo, efetuar o pedido em momento oportuno.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206855.0005/07-2, lavrado contra **EXPRESSA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 1.362.857,13, acrescido das multas de 50% sobre R\$414.735,94 e de 60% sobre R\$ 948.121,19, previstas, respectivamente, no artigo 42, I, “a”, II, “a”, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR