

A. I. N° - 281078.0002/09-0
AUTUADO - UNIÃO – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA AZEVEDO SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 27.09.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0253-02/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO, RETENÇÃO A MENOR, RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO RETIDO DO ICMS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. MERCADORIAS RELACIONADAS PROTOCOLOS 16/85, 17/85, 18/85, 19/85, 45/91 NOS CONVÊNIO ICMS 74/94; E REGIME ESPECIAL N° 1105/08. Comprovado que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária. Rejeitadas as alegações de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/12/2009, exige ICMS, no valor histórico de R\$399.174,67, acrescido das multas de 60% e 150%, decorrente de:

Infração 01- 08.18.03- Deixou de proceder à retenção do ICMS, no valor de R\$425,51, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção nas vendas e transferências dos produtos constantes no Convênio 74/94 (Tintas e Vernizes), realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia. Infração demonstrada no Anexo 1. Enquadramento: Art. 353, inciso II, item 16 do RICMS/BA.

Infração 02- 08.22.03- Deixou de proceder à retenção do ICMS, no valor de R\$533,75, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção do ICMS ST nas vendas e transferências dos produtos constantes no Protocolo 16/85 (Lâminas de barbear e isqueiros), realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia. Infração demonstrada no Anexo 1. Enquadramento: Art. 353, inciso II, item 24 do RICMS/BA.

Infração 03- 08.23.03- Deixou de proceder à retenção do ICMS, no valor de R\$99,17, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção do ICMS ST nas vendas e transferências dos produtos constantes no Protocolo 17/85 (Lâminas elétricas), realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia. Infração demonstrada no Anexo 1. Enquadramento: Art. 353, inciso II, item 27 do RICMS/BA.

Infração 04- 08.24.03- Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$141,29, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção do ICMS ST nas vendas e transferências, dos produtos constantes no Protocolo 18/85 (Pilha e bateria elétrica), realizadas com contribui:

Bahia. Infração demonstrada no Anexo 1. Enquadramento: Art. 353, inciso II, item 28 do RICMS/BA.

Infração 05- 08.20.03- Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$38,92, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção do ICMS ST nas vendas e transferências dos produtos constantes no Protocolo 19/85 (Discos e Fitos), realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia. Infração demonstrada no Anexo 1. Enquadramento: Art. 353, inciso II, item 20 do RICMS/BA.

Infração 06- 08.30.03- Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$ 6.801,04, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção do ICMS ST nas vendas e transferências dos produtos constantes no Protocolo 45/91 (Sorvetes), realizadas com contribuintes localizados no Estado da Bahia. Infração demonstrada no Anexo 1. O valor lançado referente ao mês 11 de 2006 é o somatório dos valores (124,35 + 383,20). O mês de novembro de 2006 foi calculado em 2 bancos de dados porque até o dia 09 o contribuinte estava sem Termo de Acordo, voltando a ter do dia 10 de novembro. Enquadramento: Art. 353, inciso II, item 8 do RICMS/BA.

Infração 07- 08.15.03 Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$3.745,38, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção do ICMS ST nas vendas e transferências, dos produtos constantes no Convênio 76/94 (Medicamentos), realizadas com contribuintes localizadas no Estado da Bahia. Infração demonstrada no Anexo 1. Enquadramento: Art. 353, inciso II, item 13 do RICMS/BA.

Infração 08- 07.02.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$465,13, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção do ICMS ST nas vendas e transferências, dos produtos constantes nos Anexos 69 e 88 do RICMS/BA, realizadas com contribuintes localizadas no Estado da Bahia. Infração demonstrada no Anexo 1. Enquadramento: Art. 353, inciso II, do RICMS/BA.

Infração 09 - 08.28.01 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$386.924,48, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo ICMS ou o recolheu a menor. Infração demonstrada nos Anexos 2, 2-A, 2-B e 2-C. Anexo extrato dos DAES de 2005 a 2008.

O autuado apresentou defesa, fls. 405 a 430, impugnando todas as infrações, preliminarmente alegou nulidade por cerceamento de direito de defesa, argumentando que os demonstrativos elaborados pela autuante e acostados aos autos não esclarecem as infrações imputadas, sendo completamente incompreensíveis para o contribuinte, pois foram elaborados com base em arquivos magnéticos, não havendo contado entre o contribuinte e a fiscalização e que não houve demonstração da relação entre a matéria constante do Auto do Infração com a hipótese descrita na norma jurídica, citando o artigo 39, III do RPAF-BA, artigo 5º, LV da Constituição Federal, doutrina sobre o tema e o Acórdão 0045/99.

Ao tratar do mérito da autuação, apresenta outra questão preliminar, argüindo ilegitimidade passiva em relação a infração 09, ressaltando que a impugnante não é sujeito passivo por substituição em operações interestaduais destinadas ao Estado da Bahia para seus clientes, salvo àquelas situações previstas na Lei Complementar 87/96, (artigo 9º) quando celebrado Convênio ou Protocolo entre as unidades federadas. Entretanto, o Regime Es

deste Estado, tanto em relação aos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária através de acordos interestaduais dos quais os Estados da Bahia e Minas Gerais estão inseridos, bem como de todas as mercadorias constantes do Anexo 88 quando destinadas ao território baiano.

Frisa que da leitura do Auto de Infração depreende-se que a autuante reconheceu que a defendente não possuía o Regime Especial de nº 1105/08, no período compreendido entre 16/04/2003 a 09/11/2006, uma vez que o citado Regime havia sido cancelado por ato unilateral da Secretaria da Fazenda da Bahia. Deduz, então, que a autuada não se encontrava no pólo passivo da relação jurídica tributária no período compreendido entre 16/04/2003 a 09/11/2006, e, portanto, não há que se falar em exigência de tributo, mesmo que o referido imposto tenha sido retido de forma equivocada pela defendente. No período em questão a responsabilidade pelo pagamento do imposto deveria legalmente ser atribuída ao adquirente da mercadoria.

Ressalta que, independentemente de não ser responsável pela retenção e recolhimento do tributo, diversos adquirentes das mercadorias comercializadas recolheram o tributo devido, e, prosperando a exação fiscal em apreço, restará configurado o enriquecimento ilícito do Estado da Bahia, eis que tanto o remetente quanto o destinatário suportaram cobrança do ICMS.

Prosseguindo, tece comentários sobre Responsabilidade Tributária.

Aduz que se irregularidades fiscais ocorreram, estas partiram do Fisco baiano, em primeiro lugar por ter atribuído responsabilidade tributária por substituição através de “Regime Especial”, ao arrepio do comando legal estatuído no artigo 128 do CTN. Por segundo, cancelou o malfadado “Regime Especial”, sem prévio aviso ao contribuinte, deixando de observar o princípio do “paralelismo das formas”, ou princípio da simetria, cuja essência é que um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-la, transcrevendo o artigo 908 do RICMS-BA, destacando o § 4º *Uma vez determinada a alteração ou cassação de regime especial, o contribuinte será cientificado, via INTERNET ou pela Inspeção de Fazendária do seu domicílio fiscal, observados os procedimentos previstos nos artigos 904 a 906*. Com efeito, se o credenciamento foi sedimentado através de um ato formal, o mesmo procedimento teria que ser adotado no caso da sua cassação. Tal não ocorrendo está eivado de nulidade o ato jurídico tributário.

Assevera que a empresa autuada não se encontra na condição de sujeito passivo por substituição, ou seja, não é obrigada a reter ICMS por substituição tributária para o Estado da Bahia, salvo na hipótese de existência de Acordo Interestadual, nos termos da Lei Complementar 87/96, artigo 9º, tendo em vista que as mercadorias comercializadas não estavam albergadas por Convênio e/ou Protocolo.

Cita que a Gerência de Substituição Tributária do Estado da Bahia não observou os comandos legais previstos no nosso ordenamento jurídico para tratar de um regime de tributação tão importante para os Cofres Públicos, o regime de substituição tributária. Tal instituto está coberto pelo manto constitucional por ser essencial à arrecadação dos Estados. Com efeito, o artigo 155, XII, alínea “b”, da nossa Carta Magna determina que cabe somente à Lei Complementar dispor sobre Substituição Tributária.

Reitera que não é um mero “Regime Especial”, que tem o condão de amparar legalmente a exigência do ICMS por substituição tributária, ainda que retido de forma equivocada pela autuada. É mister que a lei atribua responsabilidade ao contribuinte, e atendida esta condição, que exista Acordo Interestadual para que se processe a retenção do imposto.

Diz que da análise da peça acusatória perpetrada pelo Fisco baiano, depreende-se que o Erário Público pretende exigir o ICMS da empresa autuada sob a acusação de retenção e não recolhimento do tributo nas operações interestaduais. Argumenta que as mercadorias que foram comercializadas pela impugnante originárias do Estado de Minas Gerais, não estavam sob o regime de substituição tributária regido pelas normas dos Convênios Interestaduais.

entre o Estado da Bahia e a unidade federada remetente. Cabendo ao Fisco do Estado da Bahia proceder ao levantamento de todas as operações destinadas ao seu território, com base no arquivo magnético encaminhado pela empresa autuada, e exigir o imposto do adquirente a título de antecipação tributária, verdadeiro sujeito passivo da relação jurídica tributária. Nesta hipótese, o adquirente “acertaria suas contas” com o fornecedor, já que reteve indevidamente o imposto por ele pago ao Estado da Bahia. O referido “acerto de contas”, poderia ser realizado de diversas formas: a exemplo de descontos em duplicatas a serem pagas, restituição em espécie ou em mercadorias.

Transcreve o Art. 125, II, “a”, i, I e Art. 352, I, II, §§ 1º e 2º, concluindo que a responsabilidade pelo pagamento do imposto nas operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária apenas na legislação interna é sempre do próprio contribuinte ou responsável solidário.

Em relação a infração 07, salienta que da leitura da acusação fiscal desta infração, verificamos que se trata de operações interestaduais com medicamentos, mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária fruto do Convênio 76/94. Todavia, a autuante cometeu um equívoco na mensuração da base de cálculo. Do exame do demonstrativo analítico desta infração notamos para o cálculo da nota fiscal de nº 691.734, emitida em 30/06/2007, contendo o produto dipirona (medicamento) foi utilizada a MVA no percentual de 42,85%. Do mesmo modo, a nota fiscal de nº 986.209 de 12/07/2008, contendo anador, melhoral, engov, doril, benegrip e outros produtos enquadrados no regime da substituição tributária, também foi utilizado de maneira uniforme o percentual de 42,85% para mensuração da base de cálculo.

Argumenta que a fiscalização desprezou as modificações introduzidas pelas diversas alterações no multicitado Convênio 76/94, abaixo reproduzidas que trouxeram para o mundo jurídico os produtos considerados em “listas positivas”, “listas negativas” e “listas neutras”.

Observa que o percentual de 42,85%, vigorou até 30.04.1995, e a nova redação dada pelo Convênio 47/05, estabelece MVA de 33,05%. Evidencia que os exemplos colacionados aos autos representam apenas uma amostragem do universo de notas fiscais apontadas pela fiscalização, que naturalmente reclamam a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para retificação dos valores autuados.

Quanto as multas aplicadas, alega inconstitucionalidade por serem confiscatórias e abusivas.

Ao finalizar, requer:

1. reconhecimento do cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório em razão da falta de clareza dos demonstrativos elaborados pela Autuante.
2. reconhecimento do equívoco da atribuição de responsabilidade por substituição tributária através de regime especial relativo a infração 09.
3. reconhecimento do equívoco na mensuração da base de cálculo na Infração 07.
4. reconhecimento da multa com caráter confiscatório.
5. requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de todos os meios de prova.

O auditor autuante, fl. 450 a 456, ao prestar a informação fiscal, inicialmente, informa que o trabalho foi desenvolvido dentro das normas legais do Convênio ICMS nº 81/93 e dos demais Convênios e Protocolos ICMS relativos às mercadorias enquadradas na Substituição Tributária comercializadas com este Estado, conjuntamente com a Lei Complementar nº 87/96, Lei Estadual n.º 7.014/96 e RICMS/BA.

Diz que não prospera a alegação de que a auditoria foi prejudicada por terem sido utilizados meios magnéticos e que os demonstrativos acostados aos autos não esclarecem as infrações. pois para fundamentar as infrações foram desenvolvidos demonstrativos de informação da alíquota e MVA aplicadas e o detalhamento dos cálculos.

magnéticos utilizados foram transmitidos pela empresa e foram devidamente validados e verificados, por amostragem, com as notas fiscais correspondentes. Também não procede a afirmação de que não houve comunicação entre a autuante e o departamento contábil da empresa, pois a autuante esteve em visita à empresa, realizando fiscalização presencial no estabelecimento da empresa durante uma semana, no intuito de dirimir dúvidas, apresentar previamente os levantamentos e para qualquer esclarecimento que se fizesse necessário, conforme vemos o Ofício 2284/2009, à folha 21 e o credenciamento à folha 23 do PAF.

Ressalta que todas as infrações foram devidamente enquadradas na legislação estadual, nos Convênios e Protocolos ICMS, com o detalhamento dos artigos, das Cláusulas, parágrafos e incisos para melhor esclarecer ao contribuinte, não prosperando a alegação da autuada de que o auto de infração está passível de nulidade por não demonstrar a relação entre a matéria constatada no Auto de Infração com a hipótese descrita na norma jurídica.

No que tange às argumentações defensiva relativa à infração 9, ressaltamos que o art. 900 do RICMS/BA dispõe sobre possibilidade de autorização de adoção de regime especial para pagamento de ICMS, em casos especiais, visando a facilitar aos contribuintes o cumprimento das obrigações fiscais. Na verdade o regulamento disciplina os procedimentos para autorização de regime especial previsto no art. 36 da Lei 7014/96.

Esclarece que a empresa solicitou regime especial para atuar como substituto tributário nas operações interestaduais com mercadorias diversas, enquadradas na substituição tributária interna, destinadas a contribuintes cadastrados neste Estado. Entretanto, este regime especial que fora concedido com base no Parecer/GECOT nº 1105/98, foi cancelado em face da situação INAPTA do contribuinte, conforme dispõe o § 2º do art. 908 do RICMS-BA. Portanto, é inverídica a informação de que o fisco baiano decidiu unilateralmente celebrar um “Regime Especial”, atribuindo responsabilidade tributária por substituição para a empresa remetente, e que este cassou o referido Regime Especial, sem aviso prévio para o contribuinte.

Reitera que a infração 9 trata-se de cobrança de ICMS retido e não recolhido, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. A empresa tem como atividade econômica o comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários, comercializa mercadorias enquadradas na substituição interestadual e na substituição interna. Realizou o levantamento de débito baseado nas notas fiscais que tiveram ICMS substituição tributária destacado e que não foram respectivamente recolhido. Ora, quem arcou com o ônus do imposto que fora destacado, foi o contribuinte destinatário do Estado da Bahia. É claro que se o imposto já foi destacado, o destinatário não teria que pagar na entrada no Estado. Embora a impugnante alegue que diversos adquirentes recolheram o tributo devido, não comprova que tiveram o imposto indevidamente destacado, no período em que o regime especial esteve cassado.

Com relação à infração 07, admite que por um equívoco, não considerou as alterações do Convênio 76/94, e aplicou incorretamente a MVA de 42,85% para mensuração da base de cálculo dos produtos enquadrados no Convênio de medicamentos. Entretanto, entende que não procede o pedido de diligência, tendo em vista que, a autuante afirma erroneamente que a MVA que deveria ser aplicada é de 33,05%. Na verdade, se considerar a “lista negativa” que é a mais benéfica ao contribuinte, a MVA correta a ser aplicada é a MVA de 49,08%, como se vê à folha 422 do PAF no primeiro quadro. Ou seja, é a MVA cujo Estado de origem tem uma alíquota interestadual de 7% e alíquota interna da UF de destino 17%. Portanto não ocorreu cobrança indevida para a autuada no levantamento de débito apresentado.

Por fim, salienta que não prospera o pedido de correção das multas aplicadas sob a alegação da autuada de que a multa estabelecida no Auto de Infração teria caráter confiscatório e abusivo, e que deveria ser proporcional e compatível com a realidade dos 1
7.014/96, artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “e” e inciso V, alínea “a”.

Ao finalizar, opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 09 (nove) infrações.

Em sua peça defensiva o sujeito passivo impugnou todos os itens do Auto.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança e as multas aplicadas, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

No tocante a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, por entender que houve cerceamento do seu direito de defesa sob alegação de falta de clareza dos demonstrativos elaborado pelo autuante, entendo que não pode ser acolhido pelos motivos que passo a expor.

Nos autos se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário. No corpo do Auto de Infração, está descrito claramente os fatos considerados como ilícito tributário, bem como em todos os anexos ao Auto de Infração.

Para embasar as infrações, o autuante elaborou os demonstrativos acostados às folhas 29 a 82 dos autos, os quais foram devidamente entregue ao sujeito passivo, no prazo legal, ou seja, juntamente com o Auto de Infração.

Nesses demonstrativos mensais, constam indicados os números de cada nota fiscal, o ICMS calculado, o ICMS devido e a soma do imposto devido em cada mês, devidamente separado por convênio e/ou protocolo.

Também foram acostadas cópia impressas dos arquivos magnéticos que embasaram os demonstrativos das infrações, fls. 83 a 208, relação dos DAE's, fls. 271 a 368, cópias das notas fiscais, fls. 369 a 398 e cópia do livro Registro de Saídas.

À folha 400 dos autos consta Recibo de Arquivos Eletrônicos, no qual o contribuinte declara ter recebido um CD com os demonstrativos que embasaram às infrações, tendo declarado que abriu e leu o referido CD.

Observei, ainda, que foram concedidos ao autuado os prazos legais para oferecimento de contestação, não havendo que se falar em inobservância dos princípios da legalidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Entendo que não houve nenhuma preterição do direito de defesa nos atos praticados e nas decisões proferidas nos autos do presente processo administrativo tributário, prova maior é que o sujeito passivo se manifestou impugnando todas as 09 (nove) infrações.

Quanto a arguição de nulidade por ilegitimidade passivo em relação a infração 09, embora a defesa tenha tratado como questão de mérito, a mesma se refere a uma preliminar, razão pela qual será analisada juntamente com as demais questões preliminares.

Alega a defesa que não seria contribuinte do Estado da Bahia, não tendo obrigação de reter o ICMS previsto na Substituição Tributária.

Entendo que a arguição defensiva não pode ser acolhida pelos motivos que passo a expor.

O contribuinte encontrava-se inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia, estando obrigado a fazer a retenção do ICMS nas vendas realizadas para os adquirentes localizados neste Estado, na forma prevista nos Convênios e Protocolos citados nas infrações.

O impugnante requereu e foi deferido pelo Estado da Bahia o Regime Especial com base no Parecer/GECOT nº 1105/08, para atuar como substituto tributário nas operações interestaduais com mercadorias diversas, enquadradas na substituição tributária interna

Logo, foi o próprio contribuinte autuado que solicitou o referido regime especial, não sendo razoável que o sujeito passivo tenha retido ICMS devido ao Estado da Bahia, dos contribuintes localizados neste Estado e não tenha efetuado o recolhimento do imposto retido.

Se o contribuinte autuado entendia que não era sujeito passivo por substituição não deveria ter retido o ICMS nas vendas.

De igual modo, não tem pertinência a alegação de que o referido regime foi cassado de forma irregular, pois, conforme já analisado acima, o sujeito passivo continuou a reter o ICMS em nome do Estado da Bahia sem realizar o recolhimento do imposto retido.

Uma vez que reteve o imposto em nome do Estado da Bahia, como reconheceu em sua defesa, o impugnante tem o dever de recolher o referido imposto ao tesouro estadual baiano. Como assim não procedeu é devida a cobrança mediante Auto de Infração com a aplicação de multa, não havendo ilegitimidade passiva na presente lide.

Assim, entendo que não resta dúvida que o sujeito passivo exerceu seu amplo direito de defesa, fato que lhe foi possibilitado mediante a entrega do Auto de Infração e dos demonstrativos, tendo o contribuinte se manifestado livremente em sua peça defensiva. Portanto, não houve nenhuma ofensa dos dispositivos legais, razão pela qual não pode ser acolhida a preliminar de nulidade argüida pela defesa.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Superada as questões preliminares, passo a análise do mérito da autuação.

No mérito, não houve questionamento em relação as infrações 01 a 06, 08 e 09, e considerando que as questões preliminares já foram afastadas, entendo que as mesmas restaram caracterizadas.

Na infração 07 é imputado ao autuado deixar de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção do ICMS ST nas vendas e transferências, dos produtos constantes no Convênio 76/94 (Medicamentos), realizadas com contribuintes localizadas no Estado da Bahia.

A infração encontra-se embasada no demonstrativo denominado de “Anexo 1”, acostado aos autos.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que a autuante não observou a mudança ocorrida na legislação em relação ao percentual da MVA, o qual entende que seria de 33,05% e não o de 42,85% aplicado pelo autuante.

Entendo razão assistir parcialmente ao impugnante, uma vez que a própria autuante reconheceu que não considerou as alterações do percentual da MVA prevista no Convênio 76/94. Entretanto, não pode ser acolhido o pedido defensivo para que seja aplicado o percentual de 33,05%, uma vez que o percentual correto para operação em questão é o de 49,08%, conforme folha 422 dos autos, pois a alíquota no Estado de Origem é 7% e no Estado de destino é 17%.

Ocorre que, se aplicamos a MVA corretamente resultará em majoração do valor autuado. Assim, de acordo com o disposto no Art. 156, do RPAF/99, por encontrar-se evidenciado o agravamento da infração, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.

Ante o acima exposto, entendo que a infração 07 restou caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281078.0002/09-0**, lavrado contra **UNIÃO – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$399.174,67**, acrescido das multas de 60% sobre R\$12.250,19 e de 150% sobre R\$386.924,48, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “e”, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR