

A. I. N° - 269353.0003/09-0
AUTUADO - NOVA BAHIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 01.10.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0289-04/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Documentos juntados ao processo não comprovam que as aquisições foram feitas em estabelecimentos industriais ou equiparados a industriais para justificar a redução de base de cálculo de 18,53% prevista no art. 3-A do Dec. 7.799/00. Infração não elidida. b) ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHEU ICMS SUBSTITUTO RELATIVO A MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PARCELAMENTO TOTAL DO DÉBITO. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO. Nos termos do art. 156, I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, conseqüentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em relação às infrações 2, 3, e 4 em conformidade com o art. 122, IV do RPAF/99. Não acolhidas as argüições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Defesa **PREJUDICADA** em relação às infrações 2, 3 e 4. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 15/06/09, exige ICMS no valor de R\$387.737,36, acrescido de multas de 60% e 70%, referente às seguintes infrações:

1. Efetuou 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 relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta na descrição dos fatos que foram relacionadas as mercadorias efetivamente sujeitas à antecipação tributária, bem como os recolhimentos do imposto a elas pertinentes, inclusive os valores recolhidos a título de antecipação parcial e não foi considerado a redução da base de cálculo de 18,53% (art. 3º do Dec. 7.799/00) relativo as aquisições junto a fornecedores que tem como atividade o comércio atacadista - R\$58.166,48.
2. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta na descrição dos fatos que recolheu o imposto de mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração como se fossem sujeitas à antecipação tributária, rest inferiores àqueles efetivamente devidos nos exercícios de 2005 e

nas planilhas constantes do Anexo V, cópias de notas fiscais constantes do Anexo IX e cópia dos livros fiscais constantes do Anexo X, onde foi apurado o valor do imposto devido sobre as saídas (Anexo VI) e deduzido os valores dos créditos constantes das notas fiscais de entradas, valores recolhidos por antecipação (anexo II) e das mercadorias inventariadas em 31/12/04 (Anexo VII) - R\$325.112,94.

3. Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saída de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2005) - R\$4.394,50.
4. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhado de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado - R\$63,44.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 360 a 373) inicialmente discorre sobre as infrações e diz que sob pena de nulidade, todas as informações e notificações devem ser encaminhadas para o patrono da autuada, conforme endereço indicado à fl. 363. Esclarece que a defesa versa sobre as infrações 1 e 2, tendo em vista que os itens 3 e 4 foram objeto de parcelamento.

Preliminarmente suscita a nulidade do Auto de Infração sob argumento da ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, fundamentada no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Afirma que a infração 1 é insegura, prejudicou a defesa, referencia vários anexos, tem redação confusa, sem demonstrar com clareza como se chegou aos valores exigidos denominados “Cálculo do ICMS devido por antecipação tributária”.

Diz que se agrava mais ainda, pela não aplicação da redução da base de cálculo de 18,53% prevista no Dec. 7.799/00, relativo a fornecedores que teriam atividade o “comércio atacadista” e que ao contrário do que consta na acusação, com exceção de apenas dois fornecedores, são fabricantes de medicamentos, e não caberia a exclusão da redução da base de cálculo.

Argumenta que a infração “absorvem valores retirados dos demonstrativos relativos ao item 02” que diz respeito ao cálculo do ICMS devido por antecipação tributária de mercadorias do regime normal, sendo que a infração 2, “já cobra o imposto sobre os mesmos produtos, excluindo-os da substituição tributária” e não há do que se falar no cálculo do ICMS devido por antecipação.

Além da insegurança, alega que o fato foi agravado “pelo não fornecimento das planilhas que envolver o lançamento em meio magnético” conduzindo a nulidade da autuação nos termos do art. 155, § Único do RPAF. Pede a nulidade do item 01, ficando prejudicada a sua defesa.

No mérito, quanto a não aplicação da redução da base de cálculo prevista no art. 3º do Dec. 7.799/00 (transcrito à fl. 365) diz que a legislação contempla o gozo da redução, na aquisição de produto substituído (art. 353, II, item 13 do RICMS/BA) de estabelecimentos industriais.

Relaciona os CNPJ dos fornecedores industriais (fl. 366), inclusive por equiparação, cujas cópias de notas fiscais junta ao processo, para tentar comprovar que as aquisições foram feitas diretamente de estabelecimentos industriais de acordo com os CNPJ e que são poucas as aquisições de atacadistas, que não podem ser excluídas por se tratar de “equiparados aos industriais, para todos os efeitos legais”.

Ressalta que o Estado da Bahia seguiu os conceitos traçados pela Comissão Nacional de Classificação (CONCLA/IBGE) das atividades econômicas e não pode negar a aplicabilidade dos conceitos firmados, no caso em tela, “os atacadistas” manipu embalagens. Transcreve o art. 4º do Regulamento do IPI (RIPI) e (

“são equiparados a industriais” o que pode ser aferido pelas notas fiscais de compras para efeitos de incidência do IPI, mesmo os beneficiados com alíquota zero, sendo que os artigos 9º e 10º do RIPI, equiparam a estabelecimento industrial, conforme transcreveu à fl. 368.

No tocante à infração 2, afirma que em se tratando de comercialização de medicamentos, não admite que os valores apurados sejam somados à infração 1, sem que isso caracterize *bis in idem*, ou seja, faz incidir o imposto duas vezes sobre os mesmos fatos geradores.

Afirma que os produtos elencados nesta infração são considerados pela ANVISA e demais autoridades que regulam a espécie, como medicamentos e não é pertinente a cobrança, inclusive incerteza em relação à infração 1, requerendo que seja analisado se os produtos objeto desta infração são ou não medicamentos sujeitos ao regime de substituição tributária, na forma do art. 353, II, 13.2 do RICMS/BA.

Destaca que apesar de ter solicitado, por cautela, parcelamento da suposta dívida relativa à infração 2, irá exercer o direito de defesa previsto no art. 5º, LV da CF, destacando que o pedido de parcelamento “não obsta esse sagrado direito”, visto que o Erário somente deve receber aquilo que lhe é devido sob pena de enriquecimento sem causa.

Argumenta que no caso presente, aplica-se o art. 127-C, III do COTEM [COTEB], o qual prevê que encerra o processo administrativo fiscal, contencioso ou não “o reconhecimento do débito pelo sujeito passivo”. Afirma que existindo processo administrativo fiscal, no seu curso desiste da ação e efetua o pagamento, o que acontece nos casos de anistia fiscal, mas no caso em tela não há encerramento do processo, por entender que o mesmo passa a existir a partir da apresentação da defesa nos termos do art. 128 do COTEB. Admite que no máximo, o pagamento pode assumir o condão de “depósito administrativo”, aplicando-se as peculiaridades legais atinentes ao parcelamento.

Salienta que a PGE/PROFIS, responsável pelo controle da legalidade dos atos administrativos e pelas cobranças judiciais, quando se depara com situação de cobranças indevidas faz representação ao CONSEF no sentido de revisar ou extinguir o crédito tributário.

Em seguida passa a analisar o mérito da questão. Afirma que o art. 353, II, 13.2 do RICMS/BA determina a antecipação do ICMS nas operações com medicamentos indicando as posições NBM 3003 e 3004. No que se refere a esta infração, são exclusivamente “contrastés” que de acordo com a ANVISA, são medicamentos da família 65.02 – medicamentos e correlatos.

Segundo conceito da ANVISA, “os meios de contrastes são os MEDICAMENTOS mais prescritos pelos radiologistas. Essa classe de medicamentos é composta pelos meios de contrastes iodados administrados por via intravenosa para a realização de urografias excretoras, angiografias e em exames de tomografia computadorizada”.

Informa que vende produtos em atendimento a concorrências públicas que prevêm aquisição de medicamentos, foi fiscalizada anteriormente, não foi orientada em contrário tendo sido homologado sua interpretação de que efetua venda de medicamentos e recolhido o ICMS por antecipação, encerrando a fase de tributação nos termos do art. 356, §7º do RICMS/BA.

Afirma que ainda que estranhamente o RICMS/BA não identifique codificação de medicamentos, a regra geral é de que medicamentos se encontram sujeitos à substituição tributária. Argumenta que se a carga da MVA fosse maior do que a apurada por ele ou não tivesse procedido à antecipação do imposto, o Fisco interpretaria que os contrastes são medicamentos e cobraria a diferença do imposto não antecipado.

Diz ser necessário aclarar a fórmula de apuração do imposto na infração 1, e dos valores migrados para a infração 2. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, juntada de documentos, demonstrações e revisão por fi

que seja ouvida a Gerência de Tributação, inclusive acerca de orientação precedentes a contribuintes e pede a nulidade ou improcedência da autuação.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 982/987) esclarece que o autuado tratou mercadorias sujeitas ao Regime Normal de Apuração do ICMS como se fossem sujeitas ao regime de antecipação do imposto, efetuando recolhimento do ICMS no mesmo DAE das mercadorias sujeitas ao regime de substituição e também das mercadorias sujeitas ao regime normal.

Informa que nas planilhas constantes do Anexo I foi apurado o ICMS devido por antecipação das mercadorias sujeitas a este Regime, tendo deduzido dos valores recolhidos pelo autuado a guisa de antecipação tributária (coluna B das planilhas fls. 14 a 38) os valores da antecipação tributária calculados para as mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração (coluna C das planilhas fls. 14 a 38), cujo detalhamento está nas planilhas constantes do Anexo II, fls. 40 a 43. Diz que resta provado que o procedimento adotado é imprescindível para a exatidão dos valores apurados.

Afirma que os valores apurados nas planilhas constantes do Anexo II foram adicionados aos valores devidos por antecipação tributária constantes das planilhas do Anexo I, relativos à antecipação tributária das mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração do ICMS que o autuado calculou e recolheu no mesmo DAE, juntamente com os valores da antecipação tributária das mercadorias sujeitas àquele regime de apuração.

Diz que como nas planilhas constantes do Anexo I foram incluídas apenas as mercadorias sujeitas ao regime de antecipação tributária, os valores constantes do Anexo II foram deduzidos dos totais recolhidos a título de antecipação tributária (ICMS_ST_A_RECOLHER) na coluna E é apurado pela seguinte expressão, $E=D-A-B+C$, que pode ser escrita também como $E=D-A-(B-C)$. Sendo, D o valor da Antecipação Tributária sem a dedução dos créditos, A o valor do crédito de ICMS destacado nas Notas Fiscais de aquisição das mercadorias, B os valores recolhidos a título de Antecipação Tributária, tanto para as mercadorias sujeitas a este regime quanto para aquelas sujeitas ao Regime Normal de Apuração, constantes dos DAE apresentados, e C os valores calculados da Antecipação Tributária para as mercadorias sujeitas ao Regime Normal de Apuração cujo detalhamento encontra-se no Anexo II do Auto de Infração. Não cabe, portanto, o argumento de que os valores cobrados nas planilhas do Anexo I tiveram o acréscimo de valores levantados em outras planilhas.

Com relação à alegação de que exceto duas empresas, os demais são fabricantes de medicamentos, afirma que conforme relação dos fornecedores tratados no Anexo I tem como tendo por atividade econômica o comércio:

Num.	CNPJ	Razão Social
01	00.743.056/0001-36	Itafarma Imp. e Exportação Ltda.
02	01.440.590/0002-17	Fresenius Medical Care Ltda.
03*	02.455.073/0001-01	Clarís Prod. Farmacêuticos do Brasil Ltda.
04	04.852.881/0001-20	Somasa Comercial Ltda.
05*	04.852.881/0003-91	Somasa Comercial Ltda.
06	49.324.221/011-86	Fresenius Kabi Brasil Ltda.
07	58.430.828/0001-60	Blausiegel Ind. Com. Ltda.
08*	60.665.981/0006-22	União Química Farm. Nacional Ltda.
09	73.382.103/0003-07	Justesa Imagem do Brasil S/A

Afirma que dos comprovantes juntados com a defesa (fls. 383 a 404), não encontrou dados relativos aos fornecedores constantes das posições 01, 02, 04, 06, 07 e 09 da tabela acima, enquanto que os das posições 03, 05 e 08, as provas apresentadas pelo impugnante confirmam o acerto da autuação.

Quanto à alegação de que “a apuração é insegura e pelo não fornecimento das planilhas que envolvem o lançamento em MEIO MAGNÉTICO” contesta dizendo que como demonstrado anteriormente, não há qualquer insegurança na determinação da base de cálculo ou dos valores do ICMS recolhido a menos, bem como as planilhas em meio magnético, foram juntadas à fl. 342 do processo.

No tocante a não aplicação da redução da base de cálculo prevista do Art. 3º-A do Decreto 7.799/00 na apuração do ICMS devido por antecipação tributária, afirma que o autuado não juntou ao processo qualquer elemento que corrobore as suas argumentações relativamente ao ICMS. Afirma que a redução da base de cálculo foi contemplada quando as aquisições foram feitas junto a estabelecimentos cuja atividade econômica como indústria, não podendo ser concedido o benefício quando as aquisições são feitas junto a estabelecimento que exercem atividade econômica de comércio nos termos do citado Decreto.

Contesta números de CNPJ de fornecedores que o autuado afirma exercerem atividade econômica de Indústria, visto que os CNPJs mostram que os de números:

- a) 43.324.221/0001-44 e 01.571.702/0001-28 não constam das planilhas do Anexo I;
- b) 04.852.881/0003-91 é Comércio Atacadista, conforme extrato do SINTEGRA à fl. 122;
- c) Os demais CNPJ apresentados são de estabelecimentos industriais, e como tal foram tratados nos procedimentos de auditoria realizados (Anexo I - fls. 14 a 38).

Contesta o argumento de que o procedimento fiscal caracteriza “*bis in idem*”, conforme apreciado anteriormente.

Quanto ao questionamento formulado se os CONTRASTES são ou não medicamentos sujeitos ao regime de substituição tributária, esclarece que os medicamentos sujeitos a antecipação tributária são os das posições 3003 e 3004 da NCM enquanto os contrastes possuem NCM 3006, conforme cópia de notas fiscais de fornecedores às fls. 160 a 167.

Comenta os argumentos defensivos quanto ao direito de contestar o que pediu parcelamento, editais de concorrência pública para aquisição de medicamentos, recebimento do ICMS pelo Erário de forma antecipada, e diz os mesmos são por demais frágeis, insistindo na tese de que os medicamentos da posição 3006 da NCM estão sujeitos à antecipação tributária.

Conclui afirmando que não tendo o autuado trazido argumentos capazes de elidir os lançamentos efetuados, mantém integralmente as infrações apontadas na autuação.

Na sessão de julgamento em 03/02/10 o patrono do autuado argumentou que o prazo concedido para se manifestar a respeito da informação fiscal foi muito curto dado à complexidade da metodologia empregada pelo autuante e solicitou que fosse reaberto o prazo de defesa, o que foi acatado pelos membros da 4ª JF.

Intimado para tomar conhecimento da reabertura do prazo de defesa (fls. 995/996) manifestou-se (fls. 997/1005) ratificando os termos da defesa inicial, por entender que a “informação fiscal” não esclareceu de forma satisfatória os pontos de fragilidade levantados, transcrevendo parte da informação fiscal referenciando Anexos, DAEs, extratos das atividades econômicas do SINTEGRA.

Afirma que identificou vícios que interfere na apuração dos valores, a exemplo do montante atribuído como “Saídas com débito de ICMS_Planila Anexo VI”, no exercício de 2005, onde encontrou vendas de 1.293 un de “RELIEV”, quando só existiram ENTRADAS de apenas 400 unidades e para o produto “COLOGRAF” registrou 6.370 SAÍDAS e 3.900 ENTRADAS, restando inconsistente e prejudicial o total deduzido na planilha sintética da apuração, a título de “Crédito do ICMS ST Recolhido Planilha Anexo II”.

Diz que o mesmo acontece com as demais mercadorias, tendo er “informação fiscal paralela”, indicou “crédito” de apenas R\$ 757,87 do estoque

omissão de entradas milhares de unidades, sem contar as “proporções” feitas na alocação dos valores recolhidos, de ICMS normal, substituído e “substituído quando deveria ser normal”.

Argumenta que a infração 01 se reporta a “mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária” e a infração 02 a “mercadorias sujeitas ao regime normal”, não poderia a apuração ser feita de forma conjunta apropriando valores de uma em outra, que entende não ter base legal, havendo mistura de conceitos em relação aos valores deduzidos de ICMS-ST recolhido como mercadoria do regime normal, e produtos normais tratados indevidamente como substituídos. Entende que foi feito um “arbitramento” ou “conta de chegada” de créditos e débitos o que torna ineficaz e constitui vício insanável.

No mérito, reafirma ser equivocado que “não caberia a redução da base de cálculo do Decreto 7799/00”, repetindo os mesmos argumentos da defesa inicial (art. 353, II, 13, do RICMS), afirmando que as aquisições foram feitas de estabelecimentos industriais.

Repete os argumentos (itens 3 e 4 nos itens 16 e 17, fls. 999 e 1004) acerca das planilhas de apuração do ICMS normal e substituto, saldo transportado para outro exercício, etc.

Finaliza dizendo que para provar o quanto alegado protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos e demonstrações e revisão por fiscal estranho ao feito. Além de impugnar os valores cobrados, pede que seja ouvida de Gerência de Tributação – GETRI, inclusive acerca de orientação precedentes aos contribuintes, mediante consultas, portarias, instruções normativas etc. Pede a nulidade ou improcedência das infrações 1 e 2.

O autuante presta nova informação fiscal e diz que após o atendimento da diligência o autuado tratou de modo superficial a análise dos fatos, sem trazer questionamentos objetivos em relação à informação fiscal. Comentar os tópicos da defesa, sem indicar o que não foi esclarecido satisfatoriamente e onde tais proporções foram aplicadas, diante do detalhamento das planilhas de apuração com suporte nos documentos e livros fiscais apresentados. Repete a indicação dos conteúdos existentes nos diversos anexos, inclusive da aplicação da redução da base de cálculo de 18,53% prevista no Art. 3-A do Decreto 7.799/2000 que foi aplicado nas aquisições de estabelecimento industrial e não considerado quando de atacadistas.

Comenta que a exigência do ICMS recolhido a menor em razão do contribuinte ter tratado mercadorias tributadas normalmente como se fossem sujeitas a antecipação tributária (Anexo V), se justifica pelo fato de que os valores de vendas praticados pelo impugnante são “muito superiores às MVA de 56,78% e de 54,89% prevista na apuração do ICMS-ST”.

Quanto ao questionamento do cálculo do imposto descreve o conteúdo de cada coluna dos Anexos (fls. 1011/1012) e a forma que está organizada.

Quanto à alegação de que existe diferença de quantidade relativa aos produtos RELIEV e CALOGRAF e os demais que foram tratados como sujeitos a antecipação tributária quando na realidade são tributados normalmente, esclarece que estão detalhados nas planilhas do Anexo VI, indicando para cada operação de saída, o CNPJ do destinatário, a data da emissão e o número da Nota Fiscal de Saída emitida, NCM, quantidade e valor da mercadoria.

Afirma que tendo apurado as quantidades das mercadorias vendidas e compradas com base nas notas fiscais apresentadas pelo autuado, contesta dizendo que não foi indicado qualquer documento fiscal que lhe dê direito a crédito que não tenha sido considerado nos levantamentos efetuados, nem foi indicada qualquer nota fiscal de venda cuja quantidade ou valor tenha sido lançado em desacordo com o documento fiscal, tendo inclusive concedido os créditos.

Quanto ao valor do “crédito” de apenas R\$ 757,87 esclarece que o valor do crédito constante da primeira linha da planilha do Anexo V para o exercício de 2004 inventariadas em 31/12/04 (contrastes) em razão de o autuado ter t

normalmente como se fossem sujeitas a antecipação tributária. Esclarece que o cálculo do crédito se encontra no Anexo VII, tomando como base os valores inventariados e aplica a alíquota de 7,0%, já que as mercadorias são oriundas dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Contesta que o autuado não apresentou qualquer dado que indique erro no levantamento efetuado.

Quanto ao questionamento de que misturou os conceitos de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária e normal, afirma que o autuado tratou mercadorias sujeitas ao regime normal como se fossem sujeitas ao regime de substituição. Esclarece que no Anexo I foi apurado apenas para as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, considerando os valores recolhidos a guisa de Antecipação Tributária (coluna B das planilhas fls. 14 a 38) calculados para as mercadorias sujeitas ao regime normal (coluna C das planilhas fls. 14 a 38), cujo detalhamento está nas planilhas constantes do Anexo II (fls. 40 a 43). Conclui afirmando que o procedimento adotado é imprescindível para a exatidão dos valores apurados.

Quanto ao questionamento do conta corrente, esclarece que os meses excluídos, fevereiro e março de 2005 e março de 2006, são aqueles que não houve entrada das mercadorias e não ocorreu qualquer pagamento, tudo de acordo com os documentos e livros fiscais apresentados pelo impugnante.

Finaliza repetindo os conteúdos dos Anexos I, II e os procedimentos adotados na apuração do ICMS-ST e Normal devido que o autuado calculou e recolheu no mesmo DAE, fazendo as deduções dos totais recolhidos a título de antecipação tributária relativo a mercadorias do regime normal, conforme consolidado na coluna E do Anexo I indicado na expressão $E=D-A-B+C$, que pode ser escrita também como $E=D-A-(B-C)$. Sendo, D o valor da Antecipação Tributária sem a dedução dos créditos, A o valor do crédito de ICMS destacado nas Notas Fiscais de aquisição das mercadorias, B os valores recolhidos a título de Antecipação Tributária, tanto para as mercadorias sujeitas a este regime quanto para aquelas sujeitas ao Regime Normal de Apuração, constantes dos DAE apresentados, e C os valores calculados da Antecipação Tributária para as mercadorias sujeitas ao Regime Normal de Apuração cujo detalhamento encontra-se no Anexo II do Auto de Infração. Conclui que resta demonstrado os valores apurados nas planilhas do Anexo II foram lançados a débito na apuração dos valores da Infração 01 (planilhas do Anexo I).

Da mesma forma esclarece quanto aos valores do “ICMS-ST_Recolhido Mercadoria Regime Normal (c)” na apuração da Infração 02, indicando o conteúdo de cada coluna do Anexo V, para demonstrar que o valor da Antecipação Tributária indevidamente recolhido para as mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração do ICMS (planilhas do Anexo II) deve ser lançado a crédito na apuração da Infração 02. Descabida, a alegação defensiva correspondente.

Em seguida repete os argumentos da primeira informação fiscal relativos aos fornecedores que o autuado afirma terem como atividade econômica a indústria, mas que pela análise dos CNPJ exercem atividade de atacadista, tratamento que foi dado na apuração do ICMS-ST sem considerar a redução da base de cálculo de 18,53% para fins de antecipação do ICMS, prevista no Art. 3-A do Decreto 7.799/00, tendo sido concedida apenas aos fornecedores que tem como atividade a indústria. Conclui dizendo que o autuado não apresentou argumentos capazes de elidir os lançamentos efetuados e mantém as infrações 1 e 2.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade suscitado pelo autuado sob o argumento da ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator com relação à infração 1 dizendo que referencia vários anexos e não sabe como chegou aos valores exigidos e também pela não aplicação da redução da base de cálculo de 18,53% previsto no Dec. 7.799/00, bem como a absorção de valores relativos à infração 2, visto que mesmos produtos.

Também alega que a cobrança do débito foi agravada pelo não fornecimento das planilhas em meio magnético, prejudicando a sua defesa.

Não acato a primeira nulidade suscitada, tendo em vista que conforme esclarecido pelo autuante na informação fiscal em relação à infração 1, a descrição da infração indica exigência do ICMS devido por antecipação tributária relativo a mercadorias enquadrada no regime de substituição tributária. Foram relacionadas em demonstrativos as notas fiscais (fls. 14/38), acrescido da MVA prevista na legislação, apurada a base de cálculo sob a qual foi deduzida a redução de 10% também prevista na legislação, aplicada a alíquota interna e deduzido os créditos destacados nas notas fiscais e o ICMS-ST. Além destes créditos, foram deduzidos os valores relativos a mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária que o contribuinte promoveu o pagamento indevidamente por antecipação, procedimento este que não causou prejuízo ao estabelecimento autuado. Logo, o Auto de Infração indica todos os elementos constitutivos previstos regulamentarmente e não vislumbro insegurança na infração, como alegado pelo defendente.

Com relação à não contemplação no cálculo do ICMS-ST a redução da base de cálculo de 18,53% prevista no Dec. 7.799/00, entendo que se trata de mérito da questão o que será apreciado no momento próprio.

No que concerne ao argumento de que não foi fornecida a planilha em meio magnético não pode ser acatada, primeiro porque não existe determinação expressa na legislação de que seja entregue à empresa fiscalizada planilhas em meio magnético, e todas as planilhas juntadas aos autos foram entregues ao autuado conforme documento juntado à fl. 356. Segundo, embora não tenha sido entregue ao autuado as planilhas em meio magnético, no CD juntado à fl. 342 estão contidas todas as planilhas relativas ao imposto exigido em todas as infrações apontadas no Auto de Infração. Logo, o autuado poderia ou pode solicitar a qualquer momento o fornecimento das planilhas em meio magnético e o seu não fornecimento na época não configura motivo para declaração de nulidade da autuação.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo a recolhimento a menos do imposto por antecipação; e também por ter recolhido imposto de mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração como se fossem sujeitas à antecipação tributária; relativo às operações de saída de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques e da antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Com relação às infrações 3 e 4, a empresa reconheceu o débito e solicitou o seu parcelamento, motivo pelo qual não existindo qualquer discordância sobre as mesmas, devem ser mantidas na sua integralidade.

No tocante a infração 1, em termos gerais o autuado argumentou que no cálculo do imposto:

- a) Não foi contemplada a redução da base de cálculo prevista no art. 3º do Dec. 7.799/00, em estabelecimentos industriais, conforme CNPJ relacionados (fl. 366);
- b) Que as aquisições de medicamentos feitas em estabelecimentos atacadistas, os mesmos são equiparados a industriais nos termos dos artigos 9º e 10 do Regulamento do IPI;
- c) Juntou comprovantes de inscrição cadastral às fls. 383/404.
- d) Na manifestação acerca da informação fiscal indicou possíveis erros de quantidades e do crédito fiscal indicado no levantamento fiscal.

Tais argumentos foram contestados pelo autuante na primeira e segunda informação fiscal prestada, afirmando que não contemplou a redução da base de cálculo oriunda de estabelecimentos industriais e não contemplou dos estabelecimentos que são atacadistas.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que com
Dec. 7.799/00:

Art. 3º-A. Nas aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subseqüentes, quando feitas diretamente a estabelecimentos industriais, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53%, sem prejuízo da redução prevista no § 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15%.

Logo, conforme determinação expressa no cálculo do ICMS-ST (medicamentos) há previsão de uma redução de 10% (art. 61, parágrafo segundo do RICMS/BA) independente da atividade econômica do fornecedor e outra redução cumulativa de 18,53% prevista nas aquisições “quando feitas diretamente a estabelecimentos industriais”.

Na defesa apresentada o autuado relaciona os CNPJs dos fornecedores à fl. 366, afirmando serem estabelecimentos industriais.

Por sua vez, o autuante contestou dizendo que de acordo com os comprovantes juntados com a defesa (fls. 383 a 404), não encontrou dados relativos aos fornecedores constantes das posições 1, 2, 4, 6, 7 e 9 da tabela abaixo, enquanto que os das posições 3, 5 e 8, confirmam serem atacadistas.

Da análise dos elementos constantes do processo, verifco que com relação aos CNPJ indicados pelo autuado (fl. 366):

1. Constato que conforme indicado na segunda coluna a letra “C” ou “I” e na legenda do demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 14/38), se tratava de estabelecimento “comercial” ou “industrial”. Na 1ª coluna foram indicadas as reduções de base de cálculo (10% e 18,53%) tendo sido contemplado no cálculo o percentual total de 28,53% para os produtos indicados como originários de estabelecimentos industriais e 10% relativo aos estabelecimentos indicados como comerciais.
2. Pelo confronto dos CNPJ relacionados pelo autuado à fl. 366, para quase todos os estabelecimentos foram efetuados os cálculos como se fosse industrial e contemplada a dedução cumulativa (10%+18,53%) totalizando 28,53%, conforme identificado ao lado de cada um a folha correspondente do demonstrativo elaborado pelo autuante: 33.258.401/0004-48 (16); 43.521.129/0001-58 (17); 49.324.221/0008-80 (17); 19.570.720/0001-10 (14); 14.273.981/0001-02 (23); 56.990.534/0001-67 (16); 61.541.132/0001-15 (21); 05.439.635/0001-03 (32); 01.571.657/0001-98 (31); 73.856.593/0001-66 (21); 55.643.555/0001-43 (22); 17.174.657/0001-78 (16); 43.521.129/0001-58 (19); 29.785.870/0001-03 (16); 61.186.136/0001-22 (16); 02.281.0006/0001-00 (14); 03.485.572/0001-04 (17) e 61.150.819-15(37) com os demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 14/38).

Portanto, procede a alegação defensiva de que são estabelecimentos industriais, mas não procede o pedido de exclusão da autuação tendo em vista que foi apurado o ICMS-ST em conformidade com o que determina a legislação do imposto, ou seja redução da base de cálculo de 28,53% quando originado de estabelecimentos industriais e 10% quando proveniente de outros estabelecimentos.

Da mesma forma, com relação ao comprovante de inscrição cadastral juntados com a defesa às fls. 383/404, a sua maioria se refere aos CNPJ acima relacionados que são estabelecimentos industriais, e como tal foram tratados nos procedimentos de auditoria realizados (fls. 14 a 38) contemplando a redução de base de cálculo correta de 28,53%.

Já os CNPJs 43.324.221/0001-44 e 01.571.702/0001-28, constato que não estão relacionados no Anexo I (fls. 14/38) e dessa forma não procede a alegação defensiva.

Com relação aos CNPJ 02.455.073/0001-01 – Claris Produtos Farmacêuticos do Brasil Ltda e 04.852.881/0003-91 – Somasa Comercial Ltda, os extratos do SINTEGRA acostados às fls. 390 e 122 comprovam que se tratam de estabelecimentos comerciais e correto o procedimento da fiscalização ao conceder redução da base de cálculo de 10% por não se tratar de aquisição em estabelecimento industrial (art. 3º-A do Dec. 7.799/00).

Com relação à alegação de que os vendedores/atacadistas “são equiparados a industriais”, não pode ser acatada, tendo em vista que não foi trazido ao processo qualquer prova de que praticam atividade de industrialização prevista no art. 4º, IV do Regulamento do IPI “que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição à original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento)”. As notas fiscais juntadas ao processo, a exemplo da Claris Produtos Farmacêuticos do Brasil Ltda (fl. 441) que não foi sequer tributada pelo IPI.

Da mesma forma, não pode ser acatado como estabelecimentos equiparados a industrial previstos nos artigos 9º e 10º do RIPI, tendo em vista que também não foi trazido ao processo provas de que os fornecedores se enquadram nesta condição (importadores ou filiais, recebido de industrialização por encomenda, de nome fantasia ou de produtos classificados nos capítulos 22, 71, 33 e 87 da Tabela de Incidência de IPI).

Por fim, quanto ao argumento de que “se o item 02 [infração] cobra imposto sobre mercadorias que não estariam sujeitas a substituição tributária (embora sejam medicamentos), como admitir que valores apurados neste item sejam somadas ao item 01?”, constato que também não procede tal argumento.

Verifico que no demonstrativo às fls. 14/38, o autuante relacionou as notas fiscais de aquisição das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adicionou a MVA e concedeu a redução de base de cálculo de 28,53% quando originário de estabelecimento industrial e 10% de estabelecimento comercial. Sobre a base de cálculo apurada, aplicou a alíquota interna e deduziu o valor do crédito fiscal destacado nas notas fiscais de origem (A) e também o valor do ICMS-ST recolhido (B).

Como a empresa recolheu ICMS-ST no mesmo DAE tanto de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (infração 1) como de mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração do imposto (infração 2), o autuante deduziu do valor mensal apurado o total do ICMS-ST recolhido e tirou deste valor o montante que correspondia ao imposto recolhido indevidamente relativo às mercadorias não submetidas ao regime de substituição tributária. Tomando como exemplo o mês de janeiro/05 (fl. 14), constato que a metodologia utilizada está correta visto que o ICMS-ST exigido corresponde ao valor apurado deduzido do valor recolhido correspondente a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Mês	Discriminação	Fl.	Valor
jan/05	ICMS-ST (D)	14	4.103,86
	Créditos (A)	14	1.540,76
ICMS-ST devido	(D - A)	14	2.563,10
ICMS-ST recolhido TOTAL	(B)		4.891,93
ICMS-ST recolhido indevidamente merc. Normal	(C)	30	2.545,87
ICMS recolhido de Merc. ST	(B - C)	14	2.346,06
ICMS-ST devido	(D - A) - (B - C)		217,04

Ressalto que a parte do ICMS-ST que foi pago indevidamente relativo a mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, no exemplo acima, o valor de R\$2.545,87 que não foi aproveitado na apuração do ICMS deste mês, tal valor foi considerado como crédito fiscal no conta corrente da infração 2, conforme demonstrativo à fl. 128. Portanto, concluo que o procedimento metodológico utilizado pela fiscalização foi adequado a realidade dos fatos, considerando na apuração do imposto exigido na infração 1 o valor do ICMS-ST pertinente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (R\$2.346,06) e na infração 2 o valor recolhido indevidamente de ICMS-ST de mercadoria submetida ao regime normal (R\$2.545,87), totalizando o valor recolhido de R\$4.891,93.

No tocante ao argumento de que quantidades de produtos e créditos foram indicados incorretos, observo que não foi apresentado demonstrativo próprio relativo a estas alegações e não ficou claro na manifestação se tal argumento refere-se à infração 1 ou 2, motivo pelo qual deixo de apreciar.

Por tudo que foi exposto, concluo que a metodologia utilizada na apuração do imposto está correta e os documentos juntados com a defesa não são capazes de elidir a infração 1, devendo a mesma ser mantida na sua integralidade.

Quanto à infração 2, verifico que conforme documento juntado pelo autuado às fls. 381/382 (Autorização de Débito Automático em Conta Corrente e DAE) e pela Secretaria do CONSEF (fls. 989/991), também, de acordo com o extrato SIDAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) o impugnante solicitou parcelamento total dos valores relativos às infrações 2, 3 e 4 (Nº 365309-6) em 08/07/09, recolhendo a primeira parcela nesta data (fl. 382). Tal procedimento enseja a inexistência de controverso, não conhecimento da defesa, homologação dos valores já recolhidos e encaminhamento do processo à repartição fazendária de origem para acompanhamento da quitação do parcelamento.

Portanto, comprovada a consolidação do processo de parcelamento integral relativo aos débitos exigidos nas infrações (2, 3 e 4), não há o que se discutir na instância administrativa, devendo ser confirmado o lançamento e, conseqüentemente, declarada a extinção da lide, relativo às aludidas infrações tendo em vista que, comprovado o recolhimento da parcela inicial do parcelamento e a confissão do débito, “o contribuinte renuncia ao direito de discutir na esfera administrativa”, conforme decisão contida no Acórdão CJF nº 0241-11/10.

Ressalto que poderia apreciar os argumentos de mérito, caso fosse constatado a existência de nulidade flagrante, o que não restou apurado nos autos, que ensejasse a decretação de nulidade de ofício do lançamento.

Dessa forma, diante da confissão de dívida e parcelamento dos débitos relativos às infrações 2, 3 e 4 e da conseqüente renúncia ao direito de discuti-las na esfera administrativa, fica PREJUDICADA a análise do mérito em relação a essas infrações, tendo sido apreciado apenas quanto às razões apresentadas relativas à primeira infração, a qual não foi objeto de reconhecimento pelo sujeito passivo.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise em relação às infrações 2, 3 e 4, e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269353.0003/09-0, lavrado contra **NOVA BAHIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$387.737,36** acrescido das multas de 60% sobre R\$383.342,86 e 70% sobre R\$4.394,50, previstas no art. 42, II, “a”, “d” e III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO ARAUJO – JULGADOR

PAULO DA