

PROCESSO - A. I. Nº 269353.0003/09-0
RECORRENTE - NOVA BAHIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (CS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ªJJF nº 0289-04/10
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 15/06/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0138-11/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Documentos não comprovam terem sido as aquisições efetuadas em estabelecimentos industriais ou a eles equiparados para justificar a utilização da base de cálculo prevista no art. 3-A do Decreto nº 7.799/00. Infração não elidida. **b)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO 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. Não acolhidas as arguições de nulidade. Recurso **PREJUDICADO** em relação à infração 2. Recurso **NÃO PROVIDO** quanto à infração 1. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão JJF nº 0289-04/10, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado em 15/06/09, para imputar ao sujeito passivo o cometimento das infrações adiante transcritas, sendo objeto do presente Recurso as imputações tituladas sob os nºs 1 e 2.

1. Efetuar 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. Recolher a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Recolhimento do imposto de mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração como se fossem sujeitas à antecipação tributária, resultando em valores recolhidos inferiores àqueles efetivamente devidos nos exercícios de 2005 e 2006, conforme demonstrado 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 consequentemente, 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.

Ao decidir, a Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, indeferiu 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, porquanto, segundo esclareceu o autuante, na informação fiscal, a descrição da infração indicava 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), acrescidos da MVA prevista na legislação, apurada a base de cálculo com a dedução de 10%, também com previsão legal, aplicada a alíquota interna e abatidos os créditos destacados nas notas fiscais e o ICMS-ST. Além desses créditos, foram deduzidos os valores relativos a mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária que o contribuinte promoveu o pagamento indevidamente por antecipação, observado que tal procedimento não causou prejuízo ao estabelecimento autuado.

Destacou que o Auto de Infração indicava todos os elementos constitutivos estatuídos regularmente e não vislumbrava insegurança na infração, como alegado pelo deficiente.

Ao adentrar no mérito, a JJF, de plano, destacou que, em relação às infrações 3 e 4, a empresa reconheceu o débito, através de pedido de parcelamento, inexistindo mais qualquer discordância no específico.

Em seguida, a JJF manteve, *in totum*, as exigências fiscais 1 e 2, na seguinte literalidade:

“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 conforme disposto no art. 3º do Decreto nº 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 subsequentes, 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, verifico que com relação aos CNPJ indicados pelo autuado (fl. 366):

1. Constatou 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 15ª coluna foram indicadas as reduções de base de cálculo (10% e 18,53%) tendo sido contemplado no cálculo o porcentual 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 Decreto nº 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, conluso 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, conluso 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, consequentemente, 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 consequente 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.”

Inconformado com a Decisão, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 1046/1058), através de advogado regularmente constituído, manifestando, de início, a sua expressa irresignação quanto a não apreciação, pela JJF, da defesa referente ao item 2, porquanto, apesar de ter, por cautela, solicitado o parcelamento da dívida, o autuado estava exercendo o seu constitucional direito de defesa, previsto no art. 5º, LV, da Carta Magna, destacando que o pedido de parcelamento não obstava esse sagrado direito.

Sustentou que, no caso versado, não se aplicava o art. 127-C, III, do COTEB, o qual previsiona o encerramento do administrativo fiscal, contencioso ou não, com o reconhecimento do débito pelo

sujeito passivo. Argumentou que a norma só se aplicava quando, existindo processo administrativo fiscal, no seu curso, o contribuinte desistia da ação e efetuava o pagamento, o que acontece nos casos de anistia fiscal, mas, no particular, não se tratava de encerramento do processo, por entender que o mesmo passava a existir a partir da apresentação da defesa, nos termos do art. 128 do COTEB. Assim, admitiu que, no máximo, o pagamento poderia assumir o condão de “depósito administrativo”, aplicando-se as peculiaridades legais atinentes ao parcelamento.

Salientou que a PGE/PROFIS, responsável pelo controle da legalidade dos atos administrativos e pelas cobranças judiciais, até mesmo nos casos de revelia, quando se depara com situação de cobranças indevidas, representa ao CONSEF, no sentido de revisar ou extinguir o crédito tributário. Concluiu, pedindo que, já superada a questão, a CJF apreciasse a impugnação referente ao item 02.

Ainda em preliminar, reitera a nulidade do lançamento destacado desde a impugnação, com fundamento no disposto no art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF, por insegurança na determinação da infração e apuração da base de cálculo, com o consequente cerceamento do direito de defesa, em relação aos itens 1 e 2 do Auto de Infração.

Afirmou que os itens 1 e 2 são inseguros, prejudicando a defesa, pois faz menção a vários anexos, inclusive citados nas demais ocorrências como suporte, com redação confusa, sem demonstrar claramente como se chegou aos valores exigidos nas planilhas denominadas “Cálculo do ICMS Devido Por Antecipação Tributária”, as quais deveriam condensar todas as informações pertinentes à apuração da base de cálculo do ICMS devido.

Prosseguindo as razões recursais, disse que a situação se agravava mais ainda pela não aplicação da redução da base de cálculo de 18,53%, prevista no Decreto nº 7.799/00, relativa a fornecedores que teriam como atividade o “comércio atacadista” e que os aludidos demonstrativos absorveram valores retirados dos demonstrativos relativos ao item 2, dizendo respeito a “cálculo do ICMS devido por antecipação tributária de mercadorias do regime normal de apuração e que foram tratadas como se fossem sujeitas à antecipação tributária”, listando, na totalidade, notas fiscais de compras de “contrastes, fabricantes, além de outras obscuridades”, destacando que a infração 2, “já cobra o imposto sobre os mesmos produtos, excluindo-os da substituição tributária” e não há que se falar no cálculo do ICMS devido por antecipação.

Além da insegurança da apuração, a qual “mistura demonstrações de itens diversos na apuração dos valores de base de cálculo e do ICMS cobrado, prejudicando sobremaneira o exercício da defesa”, alegou o agravamento “pelo não fornecimento das planilhas que envolvem o lançamento em meio magnético”.

Renovou todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos, protestando pela nulidade dos itens 1 e 2.

No mérito, aduziu não ter sido a Decisão da JJF mais feliz, no que se refere à não aplicação da redução da base de cálculo prevista no art. 3º do Decreto nº 7.799/00, assegurando contemplar a legislação o gozo da redução, na aquisição de produto substituído (art. 353, II, item 13 do RICMS/BA) de estabelecimentos industriais, inclusive por equiparação.

Asseverou que a JJF, mesmo ao considerar, sem clareza correspondente nas demonstrações do AI, que a exigência recaiu apenas sobre a classe “C” (comércio), não fez uma análise correta da legislação que regula a espécie, não se podendo concluir que o Auto de Infração excluiu as entradas dos fornecedores inseridos na “categoria I” (indústria).

Também ressaltou que o Estado da Bahia seguiu os conceitos traçados pela Comissão Nacional de Classificação (CONCLA/IBGE) das atividades econômicas e não poderia negar a aplicabilidade dos conceitos firmados, no caso em tela, “os atacadistas” manipulam produtos, inserindo novas embalagens. Transcrevendo o art. 4º do Regulamento do IPI (RIPI), afirmou que os vendedores/atacadistas “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 os equiparam a estabelecimento industrial.

Arguiu que, de acordo com os comprovantes anexos, referentes aos laboratórios CLARIS e ITAFARMA, foram cobradas parcelas sobre produtos fabricados pelos mesmos no exterior e no Brasil, e que mesmo empresas cujos estabelecimentos vendedores são inscritos como “atacadistas”, em verdade, são filiais de indústrias instaladas no Brasil, sendo garantida a equiparação.

Referindo-se à infração 2, afirmou que, tratando de comercialização de medicamentos, não se admitiria que os valores apurados fossem somados à infração 1, sem que isso caracterizasse *bis in idem*, ou seja, incidência do imposto duas vezes sobre os mesmos fatos geradores.

Informou que os produtos elencados na aludida infração são considerados pela ANVISA e demais autoridades que regulam a espécie, como medicamentos, não sendo pertinente a cobrança, inclusive a própria exigência do item 1 configurava a incerteza em relação à infração 02, ao exigir imposto “por antecipação”, na qualidade de sujeito passivo por substituição, acrescentando importâncias oriundas de mercadorias tratadas na autuação como sujeitas ao regime normal.

Requeru a análise dos produtos objeto desta infração para se verificar se são ou não medicamentos sujeitos ao regime de substituição tributária, na forma do art. 353, II, 13.2, do RICMS/BA.

Em seguida, asseverou 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, reportando-se dita infração, exclusivamente, a “contrastes”, os quais, de acordo com a ANVISA, são medicamentos da “Família 65.02 – Medicamentos e Correlatos”.

Segundo definição 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”.

Informou vender os produtos, em atendimento a concorrências públicas, que prevêem a “aquisição de medicamentos”, estando neles inseridos aqueles que compõem o lançamento ora impugnado.

Em seguida, disse ter sido fiscalizada anteriormente e não houve orientação em contrário, tendo sido homologada sua interpretação, no sentido de que efetua venda de medicamentos e recolhe o ICMS por antecipação, encerrando a fase de tributação, nos termos do art. 356, § 7º, do RICMS/BA.

Afirmou que, ainda que estranhamente, o RICMS/BA não identifique codificação de medicamentos, a regra geral é a de que medicamentos se encontram sujeitos à substituição tributária, argumentando 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 eram medicamentos e cobraria a diferença do imposto não antecipado.

Também sustentou a necessidade de aclarar a fórmula de apuração do imposto na infração 1 e dos valores migrados para a infração 2, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, juntada de documentos, demonstrações e revisão por fiscal estranho ao feito e ouvida a Gerência de Tributação, inclusive acerca de orientação precedente a contribuintes e pediu a nulidade ou improcedência da autuação.

Por último, pediu o Provimento do Recurso Voluntário e, por via conexa, a nulidade ou improcedência dos itens 01 e 02.

Às fl. 1067, a PGE/PROFIS destacou que as alegações de nulidade suscitadas pelo recorrente não mereciam acolhimento.

Sobre as infrações objetos de reconhecimento e parcelamento, o Decreto nº 11.670/09, que disciplina a matéria, estabelece, expressamente, que o pedido de parcelamento importa em reconhecimento do débito, reproduzindo os artigos 1º, §1º, I e art. 7º.

Quanto às demais nulidades suscitadas, entendeu que a informação fiscal e a Decisão de primeira instância já haviam esclarecido a questão.

Por último, reportando-se aos “contrastes”, afirmou não haver dúvidas de que se tratam de medicamentos, porém não incluídos no Decreto da Substituição Tributária, por terem o código NCN 3006.

Concluiu, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Versa o Recurso Voluntário em apreciação sobre as razões da irresignação do autuado com o julgamento de Primeira Instância, atinente às infrações 1 e 2 do Auto de Infração supra identificado, tendo a Decisão de piso julgado procedente ambas as imputações, sendo, naquela oportunidade, considerada prejudicada a análise da defesa atinente ao item 2, por reconhecimento do débito pelo réu recorrente.

Inicialmente, após minuciosa análise do Recurso Voluntário formalizado, ressalto ter o sujeito passivo suscitado nulidade da Decisão quanto à autuação de nº 2, por cerceamento do direito de defesa, insurgindo-se contra o julgado de primeira instância por não ter apreciado a defesa, asseverando a necessidade de sua reforma, porquanto, apesar de ter, por cautela, solicitado o parcelamento da dívida, o autuado exerceu o seu direito de defesa, assegurado constitucionalmente (art. 5º, LV), destacando, de plano, que o pedido de parcelamento não obstava esse sagrado direito.

Compulsando os autos, fácil é constatar que o sujeito passivo reconheceu os débitos relativos às infrações 2, 3 e 4 do Auto de Infração em comento, no valor principal de R\$329.570,88, ao efetuar o pedido de parcelamento em 08/07/2009 (fl. 1071), inclusive realizando o pagamento da parcela inicial, conforme atesta o extrato gerado pelo SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), às fl. 1077, posteriormente interrompido, para, em 21/05/2010, requerer, com os benefícios da Lei nº 11.908/2010, um novo parcelamento do débito ainda remanescente (doc. fl. 1082), na oportunidade já integralmente quitado, conforme atesta o extrato SIGAT de fls. 1088.

Ocorre que o pagamento do débito, como cediço, é ato incompatível com o instituto de Impugnação contra exigência fiscal na autuação a ele correlata, ensejando, inclusive, a extinção do crédito tributário, por força do disposto no art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

Nesse contexto, comprovada a consolidação do processo de parcelamento integral relativo aos débitos exigidos nas infrações 2, 3 e 4, quanto a elas nada mais há para se discutir nesta instância administrativa, devendo ser confirmado o lançamento e, consequentemente, declarada a extinção da lide, relativa às aludidas infrações, visto que, comprovado o recolhimento da parcela inicial do parcelamento e a confissão do débito, o contribuinte renunciou ao direito de discutir na esfera administrativa, salvo se verificada a existência de alguma nulidade flagrante, o que não restou apurada no feito, capaz de ensejar a decretação, de ofício, da nulidade do lançamento.

Assim, diante da confissão das dívidas e parcelamento dos débitos relativos às infrações 02 a 04 e da consequente renúncia ao direito de discuti-las na esfera administrativa, rejeito a arguição preliminar do recorrente, confirmando, no ponto, a Decisão da 4ª JF, ao tempo em que julgo PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário, em relação à segunda infração, devendo ser apreciadas as razões apresentadas relativas à primeira infração, a qual não foi objeto de reconhecimento pelo sujeito passivo.

No que tange às demais nulidades suscitadas, amparadas no disposto no art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF, por insegurança na determinação da infração e apuração da base de cálculo, e consequente cerceamento do direito de defesa, para ambas imputações (01 e 02), melhor sorte não alcança o recorrente, visto que já foram objeto do julgamento pela JJF, tendo a Decisão, de maneira clara e contundente, as rejeitado, de cujo entendimento comungo inteiramente, inexistindo qualquer nova tese a respeito no Recurso, valendo transcrita o incensurável posicionamento da instância de piso :

“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 defendant.”

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.

Também não enxergo a necessidade de revisão fiscal, visto que os elementos contidos nos autos principalmente o demonstrativo de fls. 14/38 e as informações fiscais são suficientes para o julgamento da lide.

Adentrando ao mérito, apenas no que pertine à infração 01, fácil é perceber que o autuado não trouxe nenhum fundamento novo ou documento hábil nas razões apresentadas em sede de Recurso voluntário, capazes de modificar a Decisão hostilizada ou afastar a imputação imposta.

Na espécie concreta, verifica-se que a petição do Recurso é a repetição dos vários tópicos da impugnação apresentada na primeira instância, a qual foi devidamente enfrentada na Decisão farpeada, tendo a JJF procedido a análise detalhada de todos os argumentos contrapostos para a imputação guerreada e julgado, acertadamente, pela total procedência.

Assim é que a argumentação recursal concentra-se na tese de que, no cálculo do imposto, não foi considerada a redução da base de cálculo prevista no art. 3º do Decreto nº 7.799/00, em estabelecimentos industriais, inclusive por equiparação, quando a aquisição de medicamentos feitas em estabelecimento atacadistas, são equiparados a indústrias, nos termos dos artigos 9º e 10º do Regulamento do IPI.

Da análise da procedimentalidade, verifica-se que, conforme determinação expressa na legislação citada, 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”, tendo o autuante procedido corretamente, destacando nos demonstrativos de débitos da infração, os fornecedores por classe (comercial ou industrial), explicando, didaticamente, nas informações fiscais, toda a sistemática adotada na apuração do lançamento, tudo referendado pela JJF.

Ressalte-se que o sujeito passivo, na sua peça recursal, não apontou nenhuma divergência nos cálculos ou erro material nos demonstrativos que deram suporte à imputação, limitando-se

apenas a alegar, sem qualquer comprovação que: “*Mesmo empresas cujos estabelecimentos vendedores são inscritos como “atacadista”, em verdade são FILIAIS DE INDÚSTRIAS INSTALADAS NO BRASIL, sendo garantida a equiparação.*”

Em suma, evitando delongas desnecessárias, considero incensurável a Decisão proferida pela 4^a JJF no que se refere à infração 1, confirmando-a integralmente, porquanto em estrita consonância com os ditames legais sendo o meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, e considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário no que tange à infração 2, pela confissão da dívida e consequente renúncia ao direito de discussão na esfera administrativa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado quanto à infração 1, considerar PREJUDICADO quanto à infração 2 e julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269353.0003/09-0, lavrado contra NOVA BAHIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (CS), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, alíneas “a”, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS