

PROCESSO - A. I. N° 299130.0043/08-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INTERLOG FARMACÊUTICA LTDA.
RECORRIDOS - INTERLOG FARMACÊUTICA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3^a JJF n° 0121-03/11
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 28/12/2011

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0385-11/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Imputação parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão 0121-03/11) que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2008 para exigir ICMS no valor total de R\$3.438.737,28, acrescido da multa de 60%, em decorrência de duas infrações, sendo objeto de ambos os apelos apenas a infração de n° 1, a seguir descrita:

INFRAÇÃO 1. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Demonstrativos às fls. 32 a 122. ICMS no valor de R\$3.437.611,28, acrescido da multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide nos seguintes termos, *verbis*:

"Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, inclusive não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido todas as cópias dos documentos fiscais utilizados no procedimento fiscal em lide, obtidos pelo Fisco por meio de circularização, a partir de dados oriundos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com mercadorias e Serviços – SINTEGRA, e cópias obtidas do sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT, bem como também recebeu, o sujeito passivo, todos os demonstrativos dos levantamentos fiscais atinentes às imputações. O contribuinte exerceu tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se por cinco vezes neste processo, com duas reaberturas de seu prazo de impugnação por determinação desta 3^a Junta em Diligências realizadas na frutífera e necessária busca da verdade material.

Pelo exposto, estão rejeitadas as arguições de nulidade.

Também preliminarmente indefiro o pedido de realização de perícia nos termos do artigo 147, inciso II, alínea "a", do RPAF/99, em razão de que a comprovação dos fatos independe de conhecimento especial de técnicos, e de que as provas constantes nos autos deste processo são suficientes para a formação de meu convencimento. Pedido de perícia indeferido nos termos do artigo 147, inciso II, alíneas "a" e "b", do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS por duas infrações à legislação tributária.

Quanto à Infração 02, falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.126,00, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, esta imputação está lastreada no demonstrativo à fl. 124 dos autos deste processo e o contribuinte não se refere à mesma em suas cinco manifestações neste PAF, embora alegue de forma genérica que o Auto de Infração seria nulo e, alternativamente, parcialmente procedente. Uma vez não impugnada a imputação, isto implica reconhecimento tácito do cometimento da infração, nos termos do artigo 140 do RPAF/99. Portanto, inexiste lide a ser apreciada por este CONSEF quanto à Infração 02, e a sua não contestação objetiva pelo sujeito passivo evidencia o acerto do lançamento de ofício neste item do Auto de Infração. Infração 02 procedente.

A Infração 01 trata de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$3.437.611,28, devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos no período de setembro/2005 a dezembro/2007, provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

O contribuinte, à época dos fatos geradores da obrigação tributária, atuava no ramo do comércio atacadista de medicamentos, possuindo o Termo de Acordo previsto pelo Decreto Estadual nº 7799/00.

O contribuinte impugna a infração 01 alegando, basicamente, que no levantamento fiscal realizado:

1. O Fisco não teria anexado, aos autos, e entregado a ele, sujeito passivo, todos os documentos que embasaram a imputação.
2. Não teriam sido consideradas as datas corretas para a elaboração dos demonstrativos fiscais, porque não teria observado a real data de ingresso das mercadorias em seu estabelecimento.
3. O Fisco não teria considerado os recolhimentos referentes a parcelamento decorrente de Denúncia Espontânea anterior à lavratura do Auto de Infração.
4. Os autuantes não teriam considerado, ao realizar os cálculos, a redução de base de cálculo a que ele faria jus, por possuir Termo de Acordo de Atacadista;
5. O Fisco não teria utilizado a forma de cálculo que aduz estar prevista no parágrafo único, e no parágrafo primeiro, do artigo 3º-A do Decreto nº 7799/00, e que teria sido a forma de cálculo utilizada por ele, contribuinte, por ser a mais benéfica, e se o Fisco houvesse utilizado a forma de cálculo mais benéfica a ele, contribuinte, e os pagamentos relativos ao parcelamento realizado, teria encontrado um valor de débito de R\$3.150,40.

Analizando as alegações defensivas e os documentos constantes nos autos deste processo ressalto que, conforme já relatado neste voto, por determinação desta 3ª Junta foram entregues ao sujeito passivo, com as devidas reaberturas de seu prazo de impugnação ao lançamento de ofício, cópias de todos os documentos e de todos os demonstrativos utilizados na ação fiscal em lide, conforme recibos acostados a este processo, pelo que não acato a alegação defensiva em contrário.

Quanto às datas de ocorrência indicadas pelo Fisco no demonstrativo de apuração de débito da imputação e lançadas no Auto de Infração, assinalo que conforme consta no Relatório que antecede este voto, esta 3ª Junta determinou que o Fisco considerasse as datas de efetivo ingresso das mercadorias no estabelecimento do autuado; o Fisco intimou o contribuinte a comprovar estas datas, e o sujeito passivo declarou não lhe ser possível tal especificação de datas. Por conseguinte, o Fisco teve que utilizar as datas constantes nos documentos fiscais emitidos, único parâmetro objetivo passível de ser considerado na situação em lide. Correto o procedimento fiscal, e não procedem as alegações defensivas em contrário.

Em relação ao parcelamento realizado pelo contribuinte, o Fisco considerou os valores parcelados relativos às operações que diziam respeito aos fatos geradores objeto da presente autuação, e não poderia ser diferente. Assinalo que, por solicitação desta 3ª Junta às fls. 772 a 774 e às fls. 1.121 a 1.123 dos autos, os autuantes intimaram o contribuinte a apresentar a documentação relativa ao parcelamento anteriormente efetuado, e de posse dos documentos da empresa, e dos dados do parcelamento, procederam à correta exclusão, no levantamento fiscal realizado originalmente, de todos os valores, relativos às operações objeto da ação fiscal, já denunciados de forma espontânea. Assiste razão ao Fisco quando afirma que o contribuinte não comprovou, nos autos deste processo, que a totalidade dos valores objeto de parcelamento de débito tributário anterior à lavratura do Auto de Infração foram decorrentes das operações que ensejaram o lançamento de ofício. Por conseguinte foram reduzidos, do débito tributário originalmente lançado pelo Fisco, apenas os valores de imposto comprovadamente objeto de denúncia espontânea anterior, e descabem as alegações defensivas em contrário.

No que tange à redução de base de cálculo em razão do fato de possuir, o autuado, Termo de Acordo de Atacadista, tal redução foi devidamente considerada pelo Fisco, e esta situação verificou-se no primeiro levantamento fiscal realizado, conforme já indicado no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração. Portanto, não procedem as alegações defensivas a este respeito. Assinalo, inclusive, que embora inicialmente o contribuinte tenha alegado que o Fisco não houvera procedido à redução da base de cálculo, em seguida, em

nova manifestação nos autos, declarou que esta redução foi a única situação considerada pelo Fisco, mas que ele, contribuinte, teria direito a tratamento mais benéfico que afirmava que estaria previsto, à época, no artigo 3º-A do Decreto nº 7799/00.

O contribuinte pede que seja aplicada a forma de cálculo prevista no artigo 3º-A do Decreto nº 7799/00. Contudo, em suas impugnações, cita redações deste dispositivo que estiveram em vigor em épocas distintas, algumas das quais sem efeitos no período em que ocorreram os fatos geradores da autuação. Observo, por oportuno, que o artigo 3º-A do Decreto nº 7799/00 foi revogado pelo Decreto nº 11.872, de 04/12/09, publicado no DOE de 05/12/09, com efeitos a partir de 01/01/10. E o parágrafo 1º do artigo 3ºA do mencionado Decreto nº 7799/00 só esteve em vigor no período de 09/09/2009 a 31/12/2009, pelo que este dispositivo não pode ser aplicado para os cálculos relativos ao período objeto dos fatos geradores da obrigação tributária, vez que o lançamento de ofício diz respeito a fatos compreendidos no período de janeiro/2005 a dezembro/2007.

Dispunha o artigo 3º-A do Decreto nº 7700/99, em redação vigente no período de 07/05/2003 até 08/09/2009, portanto abrangendo toda a época dos fatos geradores da imputação 01:

Decreto nº 7700/99:

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% (dezento inteiros e cinqüenta e três centésimos por cento), 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% (doze inteiros e quinze centésimos por cento)"

(Redação dada ao artigo 3º-A pelo Decreto nº 8.511, de 06/05/03, publicado no DOE de 07/05/03, com efeitos de 07/05/03 a 08/09/09)

O parágrafo único do artigo 3º-A teve duas redações distintas durante o período objeto da imputação 01. Assim, a redação aplicável aos meses de setembro a dezembro/2005 era:

Decreto nº 7700/99:

Art. 3º-A.(...)

Parágrafo único. Em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 27% sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 5,0% (cinco por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

(Redação dada ao parágrafo único do artigo 3º-A pelo Decreto nº 9.281, de 21/12/04, publicado no DOE de 22/12/04, com efeitos de 22/12/04 a 31/12/05)

E a redação aplicável aos fatos dos meses de janeiro/2006 a dezembro/2007 era:

Decreto nº 7700/99:

Art. 3º-A. (...)

"Parágrafo único. Em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 21% (vinte e um por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 3,9% (três inteiros e nove décimos por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

(Redação dada ao parágrafo único do artigo 3º-A pelo Decreto nº 9.651, de 16/11/05, DOE de 17/11/05, efeitos de 01/01/06 a 30/05/08)

Assim, considerando a alegação do sujeito passivo no sentido de que lhe fosse dado o tratamento mais benéfico nos termos do citado Decreto nº 7799/00, esta 3ª Junta, às fls. 1.121 a 1.123, também solicitou que o Fisco procedesse aos cálculos conforme determinava a legislação em vigor.

O Fisco cumpriu a Diligência solicitada acostando novos demonstrativos às fls. 1.126 a 1.141 dos autos, dos quais o contribuinte recebeu cópia conforme seu recibo à fl.1.162, manifestando-se a seguir ainda sem aceitar os novos valores encontrados, mas não apresentando documentos capazes de elidir totalmente a imputação.

Assim, efetuados os ajustes devidos conforme exposto pelo Fisco às fls. 1.138 a 1.140, na revisão fiscal realizada, e explicitado nos demonstrativos fiscais de fls. 1.126 a 1.141, é procedente em parte a Infração 01 no valor total de R\$684.864,66, conforme detalhado no novo demonstrativo de débito acostado pelo Fisco à fl. 1.141.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$685.990,66".

Por imposição do art. 169, I, "a", item 1, do RPAF vigente, a JJF recorreu de ofício de sua Decisão a esta Câmara de Julgamento Fiscal.

O autuado, por sua vez, inconformado com a Decisão da Primeira Instância, interpôs Recurso Voluntário, aduzindo que nem todas as notas fiscais relacionadas pelo autuante, colhidas através do CFAMT e do SINTEGRA, correspondem de fato a operações realizadas pelo sujeito passivo.

Afirma que a exigência contida na Decisão da JJF, de que o sujeito passivo indicasse quais notas não teriam sido objeto de comercialização e provasse essa alegação, implica cerceamento ao direito de defesa e indevida inversão do ônus probatório, pois em nenhum momento o autuante indicou quais notas foram obtidas através do CFAMT e quais foram obtidas através do SINTEGRA, de forma discriminada e criteriosa, o que impediu que o contribuinte identificasse as notas que correspondiam a operações efetivamente realizadas e aquelas que não reconhece como devida.

Pede que seja descartado do levantamento realizado, todas as notas fiscais ou cópias de documentos que não sejam efetivamente oriundas da 1ª via da nota fiscal de posse do contribuinte destinatário.

Diz ser absurda a desconsideração dos valores pagos a título de parcelamentos e denúncias espontâneas no período, sob a alegação de que o contribuinte não teria comprovado, nos autos do processo, que a totalidade dos valores objeto do parcelamento de débito tributário nº 6.000.000.249.079, anterior à lavratura do Auto de Infração, foram decorrentes das operações que ensejaram o lançamento de ofício.

Sustenta, mais uma vez, que ocorreu inversão do ônus da prova, pois cabe ao Autuado apenas provar que pagou o montante alegado e que pretende deduzir no período, cabendo ao autuante, para desconsiderar o pagamento, apresentar elementos de prova convincentes, o que em nenhum momento fez. Pede que os montantes relativos aos pagamentos dos parcelamentos efetivados nos períodos sejam incluídos no montante dos valores pagos no levantamento fiscal em questão.

Alega que deveria ter sido desconsiderado pelo autuante qualquer nota fiscal relativa ao mês de dezembro/2007, pois o imposto devido nesse mês só seria passível de cobrança em janeiro de 2008. Assevera, ainda, que deveriam ser desconsideradas todas as notas fiscais recebidas a partir de 21/12/2007, *"já que é notório que estas mercadorias não ingressaram no estabelecimento no mesmo mês que foram emitidas por claras razões logísticas"*, e, em havendo dúvida, os princípios da segurança jurídica e da verdade material determinam que a situação seja decidida favoravelmente ao contribuinte.

Destaca que, caso haja impossibilidade do autuante precisar a data do recebimento da mercadoria, o mais lógico deveria ser desconsiderar do levantamento, servindo tal postura tão somente para inchar indevidamente o montante reclamado, assim como fez com a utilização do critério mais oneroso de redução de base de cálculo previsto no Decreto nº 7.799/09.

Alega que o autuante não indicou o período de competência para os cálculos da antecipação, gerando distorções quanto aos montantes devidos e, diante da impossibilidade de se individualizar os débitos tributários e os seus respectivos vencimentos, o próprio Regulamento do ICMS/Bahia, aprovado pelo Decreto 6.284/97, prevê que seja computado o último dia do levantamento fiscal, procedimento este que o autuado adotou ao elaborar a planilha de cálculo consignada nas fls. 852 a 914 do PAF, na qual consta o débito final apurado de R\$ 3.150,40, e que o requerente entende como único devido e sobre o qual pede que seja reconsiderado o montante reclamado, *"caso não seja reconhecida a NULIDADE e IMPROPRIEDADE dos critérios adotados na apuração da Infração 01"*.

Suplica a esta CJF para que se reporte à planilha acostada às fls. 852 a 914 do PAF, para que, após a devida análise, ateste que, durante o período compreendido pela ação fiscal, o autuado deveria ter recolhido aos cofres públicos a importânciade R\$ 1.835.249,57. No entanto, está confirmado nos autos que, incluindo o parcelamento efetuado no período, foi recolhido a expressiva importânciade R\$ 1.832.099,17, restando, tão somente, a importânciade R\$ 3.150,40 a recolher.

Nesses termos, pugna pela nulidade da autuação, "por não estar em devida consonância com os princípios elementares do Contencioso Administrativo, tais como o da Segurança Jurídica, Verdade Real e, sobretudo, o da Ampla Defesa e do Contraditório, e, principalmente, por desconsiderar os critérios de apuração utilizados pelo contribuinte, com base no § 1º do artigo 3-A do Dec. 7799/00", ou, alternativamente, "que seja acatado o montante apurado nos cálculos consignados nos demonstrativos de fls. 852 a 914, já apresentados tempestivamente ao PAF, que totalizam um valor final de R\$ 3.150,40, considerando os valores pagos nos parcelamentos realizados no período".

A PGE/PROFIS, no parecer de fls., 1.215/1.216, opinou pela rejeição da preliminar suscitada, pois: a) as acusações fiscais estão clara, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação estadual, assim como o procedimento atende a todos os requisitos estabelecidos no art. 39, do RPAF vigente; b) o sujeito passivo exerceu com plenitude o seu direito de defesa; c) não há óbice legal para a realização de procedimentos fiscais com o uso de documentos capturados no SINTEGRA ou no CFAMT.

No mérito, aduz que a Junta de Julgamento Fiscal determinou a realização de diligências para averiguar os processos de parcelamento alegados pelo sujeito passivo em sua impugnação, tendo ocorrido a redução do montante exigido originariamente. Os autuante também fizeram a exclusão dos valores relativos às operações desta ação fiscal que já haviam sido alvo de denúncia espontânea.

Salienta, por fim, que as datas de ocorrências utilizadas no demonstrativo de apuração do débito resultam da declaração do contribuinte no sentido de que não possui meios para especificá-las de modo preciso, não oferecendo outra alternativa ao Fisco, senão a de considerar as datas constantes dos documentos fiscais.

Com estas considerações, manifesta-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, fica rejeitada a preliminar de nulidade atecnicamente suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que, como bem pontuou a PGE/PROFIS, o presente Auto de Infração atende a todos os requisitos do art. 39, do RPAF/99, bem como não houve, na hipótese vertente, cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Ao revés, das inúmeras diligências realizadas ao longo da instrução processual em primeira instância administrativa, constata-se que este Conselho buscou fornecer ao contribuinte todos os elementos probatórios que dão lastro à cobrança envidada através deste lançamento de ofício, reabrindo, em duas oportunidades distintas, o prazo de defesa. E o sujeito passivo, de seu lado, exerceu efetivamente o direito de defesa que a nossa Constituição Federal lhe outorgou, apresentado inúmeras manifestações ao longo da tramitação do processo, nas quais inovou teses de defesa, requereu a realização de diligências e perícias, anexou documentos, demonstrativos etc.

Também não se verifica impropriedade nos critérios adotados para a apuração do imposto devido na infração 1. O equívoco encontrado pela JJF, que ensejou a redução do montante inicialmente lançado, é passível de correção dentro do contencioso administrativo (aplicação do art. 3º-A, §3º, do Decreto nº. 7.799/00, vigente à época dos fatos geradores) - como, aliás, foi feito -, não configurando nulidade do procedimento administrativo fiscal, até mesmo porque gerou benefício para o sujeito passivo.

Nestes termos, rejeito a prefacial arguida.

Quanto ao mérito, entendo que toda a questão posta à apreciação desta Câmara de Julgamento Fiscal passa pela análise do ônus da prova, disciplinado no âmbito do Estado da Bahia pelos arts. 140 e seguintes do RPAF/99, merecendo destaque a norma contida no art. 143, a seguir transcrita:

"Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal".

Pois bem. *In casu*, o sujeito passivo alega que parte das operações cujas notas fiscais foram apresentadas pelo autuante, colhidas através do CFAMT e do SINTEGRA, não correspondem a mercadorias efetivamente adquiridas. No entanto, o contribuinte não comprovou a sua alegação e nem sequer se deu ao trabalho de apontar as operações que reconhece como corretas daquelas que, segundo a sua tese, seriam fictícias.

Tal alegação, totalmente despida da devida comprovação, não pode ser aceita por este Conselho, sobretudo porque, consoante explicitado inúmeras vezes pelo autuante e se depreende dos autos, há provas da efetiva circulação dessas mercadorias, seja pela apresentação das vias das notas fiscais do Fisco de Destino, colhidas no CFAMT, seja pela confirmação dessa circulação pelos dados obtidos através dos arquivos magnéticos do contribuinte (arquivos do SINTEGRA).

Vale frisar que os documentos fiscais nos quais se escora a exigência contida na infração 1 estão nos autos; logo, independentemente da separação dos documentos fiscais a partir de sua origem (CFAMT ou SINTEGRA), é certo que ao contribuinte foram fornecidos os elementos suficientes para que ele pudesse, se fosse o caso, indicar a operação que supostamente não teriam sido realizadas. A dificuldade levantada em sede recursal não encontra, portanto, amparo nos autos.

Igualmente absurdo é o pedido no sentido de que somente sejam consideradas as notas fiscais cuja 1ª via encontra-se em poder do sujeito passivo (destinatário). Ora, exigir que o Fisco considere como efetivamente realizadas apenas as operações cujas primeiras vias das notas fiscais encontram-se em poder do contribuinte destinatário é o mesmo que impedir a apuração de omissões de entradas de mercadorias, beneficiando a sonegação fiscal, o que não pode ser admitido.

Igualmente se decidem pela aplicação das regras de distribuição do ônus das provas as questões relativas à data de efetivo ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado e à consideração dos valores pagos pelo sujeito passivo antes da lavratura do presente Auto de Infração, através de parcelamento.

Com relação à data de efetivo ingresso das mercadorias, o sujeito passivo foi intimado formalmente a fornecer tal dado, que é de seu exclusivo conhecimento e deve integrar a sua escrita fiscal, mas não o fez, ensejando, com sua conduta omissiva, a consideração da data indicada no documento fiscal como de efetiva ocorrência do fato gerador.

A conduta do Fisco está correta, pois, em que pese o art. 125, II, "b", do RICMS, estabeleça o recolhimento do imposto por antecipação quando da entrada no estabelecimento de mercadorias da substituição tributária, é inquestionável que a falta do dado relativo à data de entrada no estabelecimento não obsta a exigência do imposto, devendo a fiscalização valer-se, nesses casos, do único dado concreto que possui em mãos: a data de venda indicada nas notas fiscais objeto da autuação.

A pretensão do contribuinte, de que sejam simplesmente desconsideradas todas as operações sobre as quais não se saiba ao certo a data de entrada das mercadorias no estabelecimento autuado, representa verdadeira violação ao primado da moralidade e da boa-fé, que devem nortear a atividade pública, já que a indevida omissão do contribuinte serviria para lhe beneficiar.

Esse mesmo raciocínio aplica-se para repelir a tentativa de evitar a cobrança das operações ocorridas em dezembro de 2007, uma vez que foi o próprio sujeito passivo que deixou de apresentar a efetiva data de entrada das mercadorias, bem como não comprovou o pagamento do imposto devido, ainda que no mês subsequente.

No que concerne ao imposto que foi recolhido pelo sujeito passivo através de parcelamento, também não há como acatar a tese recursal, pois cabe ao sujeito passivo demonstrar a que se refere o ICMS parcelado, uma vez que estamos diante de tributo sujeito a lançamento por homologação, apurado pelo próprio sujeito passivo. É dizer: foi o contribuinte quem levantou as

operações de entrada e de saída de mercadorias que constituíam fato gerador do ICMS, calculou o valor total do imposto devido, voluntariamente, e efetuou os respectivos recolhimento, mediante parcelamento do débito apurado. Logo, somente o contribuinte pode demonstrar quais as operações foram consideradas para cálculo do imposto parcelado, indicando se foram ou não objeto deste parcelamento às operações constantes da infração 1 desta autuação.

Por derradeiro, registre-se que não há equívocos quanto ao mês de competência no cálculo da antecipação tributária, devendo ser repelida a planilha elaborada pelo sujeito passivo às fls. 852/914, porque os seus valores não estão completos e não foram contempladas todas as operações cujas notas fiscais foram levantadas pelo autuante e não foram objeto de competente contraprova.

Quanto ao Recurso de Ofício, entendo correta a aplicação do parágrafo único, do art. 3º-A, do Decreto n° 7.799/00, com a redação vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, consoante a seguir explicitado:

- Redação vigente de 21/12/2004 a 31/12/2005, dada pelo Decreto n° 9.281/2004, de 21/12/2004:

"Parágrafo único. Em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 27% sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 5,0% (cinco por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial".

- Redação vigente de 01/01/2006 a 29/05/2008, dada pelo Decreto n° 9.651, de 16/11/2005:

"Parágrafo único - Em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 21% (vinte e um por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 3,9% (três inteiros e nove décimos por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial".

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 299130.0043/08-4, lavrado contra INTERLOG FARMACÊUTICA LTDA, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$685.990,66, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

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