

PROCESSO - A. I. Nº 281332.0005/09-0
RECORRENTE - FARMÁCIA MORIMOTO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0261-01/10
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0419-12/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARMÁCIAS, DROGARIAS E CASAS DE PRODUTOS NATURAIS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou configurado que o recorrente, à época do período abrangido pela autuação, procedeu em consonância com a orientação constante no Parecer DITRI/GECOT/SEFAZ nº 8.597/2009, descabendo, destarte, a exigência fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 281332.0005/09-0, lavrado em 26/06/2009, o qual traz duas imputações, sendo objeto do Recurso Voluntário apenas a Infração 1:

INFRAÇÃO 1. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de substituto tributário, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, na aquisição de mercadorias, nos meses de junho a dezembro de 2008. Demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 10 a 23. ICMS no valor de R\$47.642,45, acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 157 a 169, e à fl. 183 acosta Parecer emitido pela DITRI/SEFAZ em 25/11/2008 em resposta a Consulta formulada pelo estabelecimento da empresa “Farmácia Morimoto” com Inscrição Estadual nº 058.279.856. Anexa demonstrativos às fls. 184 a 210.

A autuante presta informação fiscal às fls. 215 e 216. Anexa demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 217 a 277. No demonstrativo de fl. 230 reduz o valor do débito originariamente lançado para a infração 1 de R\$47.642,45 para R\$31.745,61.

O contribuinte recebe cópia da informação fiscal e do material acostado, conforme documento de fl. 281, e novamente pronuncia-se às fls. 283 a 286.

O processo foi convertido em Diligência pela JJF à fl. 299 para que a autuante esclarecesse as modificações realizadas nos demonstrativos fiscais quando da prestação da informação fiscal.

A autuante novamente pronuncia-se às fls. 302 e 303, anexando demonstrativos referentes à Infração 1 às fls. 304 a 316.

O contribuinte recebeu cópia da diligência dos novos documentos acostados pela autuante, conforme comprovante de fl. 320.

À fl. 324 e 325, o sujeito passivo reconhece o cometimento e pede autorização para pagamento do débito lançado para a Infração 2 com os benefícios da Lei nº 11.908/10. Anexados extratos do sistema SIGAT/SEFAZ correspondentes às fls. 352 a 354.

O autuado volta a pronunciar-se às fls. 338 a 341, a autuante volta a pronunciar-se à fl. 345.

A 1ª JJF julga procedente em parte o lançamento, em Decisão unânime contida no Acórdão JJF nº 0261-01/10, às fls. 355 a 362.

Em seu voto assim se expressa o digno Relator de primeira instância, quanto às arguições preliminares do contribuinte e ao mérito da imputação 1, objeto do Recurso Voluntário interposto:

VOTO

Quanto ao pedido do autuado para que as intimações relativas ao presente processo sejam encaminhadas ao seu representante legal, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço requerido. Saliento, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Inicialmente, apreciarei as alegações defensivas atinentes à nulidade da autuação. Não acato a afirmação de que o lançamento concernente à infração 01 não oferece segurança na determinação da infração e na apuração dos valores, sob o entendimento que a acusação fiscal seria “sucinta” e que os demonstrativos não explicitariam as “diferenças” nos recolhimentos da antecipação tributária, o que implicaria em cerceamento do seu direito de defesa.

Analizando os demonstrativos elaborados pela autuante, constato que se mostram elucidativos, sendo bastantes para que se tenha um perfeito entendimento a respeito da imputação, dos valores apurados e como as diferenças nos recolhimentos foram identificadas. Tanto é assim, que no “Demonstrativo de Valores do ICMS ST” (fls. 10 a 22) se encontram indicados os seguintes componentes: fornecedor, data da entrada das mercadorias, número da nota fiscal, unidade da Federação de origem, CFOP (código fiscal da operação ou prestação), alíquota aplicada pelo emitente, valor total da nota fiscal, MVA (margem de valor adicionado) utilizada em cada caso, crédito fiscal e valor do débito concernente à substituição tributária. Por fim, são apontados os totais dos valores devidos em cada período de ocorrência.

Enquanto isso, por meio do “Demonstrativo de Valores do ICMS ST Recolhido e a Recolher” (fl. 23), a autuante lança em relação a cada mês do período autuado, os valores totais do imposto relativo à substituição tributária que fora pago pelo contribuinte, os montantes calculados durante a ação fiscal e as diferenças encontradas em cada mês e, por fim, apresenta o valor total devido.

Quanto à afirmação do contribuinte de que no tocante à infração 01, teria ocorrido ofensa ao princípio da segurança jurídica das relações entre fisco e contribuinte, sob a alegação de que estaria amparado por consulta formulada junto à Secretaria Estadual da Fazenda, ressalto que as consultas em questão, que resultaram nos Pareceres de nºs 23.768/2008 e 8.597/2009 correspondem a estabelecimento diverso do autuado, apesar de se referirem a uma das unidades da empresa. E tanto é assim, que em relação a esse estabelecimento fica vedada qualquer autuação durante o período em que a consulta ficar pendente de resposta da SEFAZ. Ademais, de acordo com o disposto nos artigos 56 a 66 do RPAF/BA, os efeitos da consulta devem ser considerados para todos os efeitos fiscais tão somente em relação ao estabelecimento que efetivou a consulta, exceto quando a consulta for formulada por entidade representativa de classe de contribuintes ou responsáveis, quando, entretanto, deverá constar no pedido a relação das empresas a ela vinculadas, com especificação, em relação a cada uma, dos respectivos estabelecimentos.

No que se refere à alegação de que em razão das alterações implementadas pela autuante quando prestou a Informação Fiscal, se fazia necessária a reabertura do prazo de defesa, ressalto que não ocorreu a situação aventada, haja vista que as modificações geraram redução do montante concernente à infração reavaliada, que inclusive foi modificada em razão da aceitação de algumas das argumentações apresentadas na peça de defesa, não tendo se originado de nenhum fato novo, conforme sugerido pelo impugnante.

Assim, não vislumbro nenhuma dificuldade de entendimento desses demonstrativos, mesmo porque os documentos fiscais utilizados na sua elaboração estão na posse do autuado, o que lhe possibilitou uma perfeita análise dos cálculos realizados pela fiscalização, não se configurando o alegado cerceamento do direito de defesa.

No mérito, observo que a infração 01 decorreu do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em razão da atividade desenvolvida pelo contribuinte (comércio atacadista de medicamentos de uso humano), na aquisição mercadorias. Saliento que a imputação se encontra amparada no § 2º do art. 355 do RICMS/97, que estabelece que as farmácias, drogarias e casas de produtos naturais farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de quaisquer mercadorias efetuadas neste Estado ou procedentes do exterior, sem prejuízo do disposto no art. 371 acerca das aquisições interestaduais (art. 61, V).

O autuado se insurgiu contra esta exigência, argumentando que enquanto a autuante se utilizara de uma MVA de 100%, de acordo com o art. 353, inciso II do RICMS/BA (Decreto nº 6.248/97), a MVA a ser empregada seria a de 20%, fixada no item 07 do Anexo 89, tendo em vista que as mercadorias em questão se tratariam de material de embalagem. Acrescentou que esse entendimento estaria em conformidade com orientação da GETRI/SEFAZ, por meio do Parecer nº. 23786/2008. Foi aduzido, ainda, que créditos presumidos relativos a

notas fiscais de indústrias situadas na Bahia, optantes pelo Simples Nacional, não foram utilizados e que em relação a algumas notas fiscais foi considerada a alíquota de 12%, quando a correto seria 17%. Disse, ainda, que foram computadas notas fiscais de material de uso e consumo.

Constato que ao prestar a sua Informação Fiscal, a autuante refez as planilhas concernentes ao levantamento, bem como o demonstrativo de débito, tendo em vista que, de forma correta, acatou parcialmente as alegações defensivas. Considerando, entretanto, que os novos demonstrativos não traziam esclarecimentos sobre quais os elementos constantes nos demonstrativos originais que tinham sido alterados e as razões para tanto, esta 1ª JJF solicitou à autuante que esclarecesse as modificações realizadas nessa infração.

Ao realizar a diligência, a autuante esclareceu os ajustes realizados, apontando cada uma das situações nas quais tinham sido feitos os ajustes, reportando-se aos documentos juntados quando da Informação Fiscal.

Assim é que às fls. 231 a 243 encontram-se a relação e as notas fiscais que segundo o autuado corresponderiam a material de uso e consumo, quando excluiu as Notas Fiscais 39.355, 1.280 e 42.607, tendo em vista que efetivamente se referem a matérias de uso no estabelecimento do contribuinte; às fls. 244 a 256-A estão a relação e as notas fiscais referentes a fornecedores optantes pelo Simples, sobre as quais excluiu os créditos fiscais originalmente concedidos, haja vista que esses documentos não geram direito a crédito do ICMS; já às fls. 257 a 277 estão anexadas a relação e as notas fiscais concernentes ao questionamento da defesa acerca da aplicação da MVA, esclarecendo-se que apenas no caso das Notas Fiscais 0341 e 32.085 foi alterada a MVA para 20%, considerando que tratavam respectivamente de sacos diversos para embalagem e aparelhos pulverizadores.

Além disso, em razão da comprovação de divergências entre os valores de algumas notas fiscais constantes da tabela apresentada pelo contribuinte e os respectivos valores constantes no demonstrativo original, a autuante efetuou a confrontação, corrigindo os valores que realmente se encontravam divergentes. Outro ponto que foi ajustado, de acordo com o pleito defensivo, se referiu à alíquota relativa às compras dentro do Estado, que tinha sido considerada como sendo 12%, tendo sido posteriormente corrigida para a correta, de 17%.

No que concerne à questão envolvendo a aplicação da MVA de 100%, coaduno totalmente com o entendimento externado pela autuante, haja vista que após os ajustes realizados esse percentual foi aplicado apenas em relação aos itens de embalagem que são utilizados para acondicionar os produtos e que são vendidos junto com os mesmos. Tendo em vista que as mercadorias comercializadas pelo autuado se encontram subordinadas à antecipação tributária, o mesmo tratamento deve ser dispensado às embalagens que servem para acondicioná-las, aplicando-se, portanto, a MVA de 100%.

Analizando as notas fiscais correspondentes, que se encontram acostadas aos autos, verifico que os materiais se referem a frascos, vasilhames, recipientes, tampas e lacres, que são utilizados para acondicionamento dos produtos manipulados pelo defendente, razão pela qual está correta a aplicação da MVA de 100%, por ser aquela prevista no art. 61, inciso V, alínea “a” do RICMS/BA.

Assim, a infração 01 resta parcialmente caracterizada, no valor de R\$31.745,61, conforme discriminado no demonstrativo de fl. 230. Vejo que apesar de o autuado ter contestado o novo valor relativo ao mês de junho de 2008, por apresentar valor superior àquele originalmente apurado, em seu montante integral a infração foi reduzida, tendo em vista que em todos os demais períodos os valores foram reduzidos, resultando num débito inferior àquele apontado inicialmente.

(...)

Diante de todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.

O contribuinte ingressa com Recurso Voluntário às fls. 371 a 375 inicialmente aduzindo reiterar os termos da impugnação originária em relação à Infração 1, inclusive reprisando os pedidos de intimação ao contribuinte no endereço de seus advogados, e o pedido de realização de revisão por fiscal estranho ao feito. Repete as demais alegações defensivas alusivas à nulidade da autuação e à dita existência de vícios no procedimento fiscal e processual.

Aduz reafirmar o entendimento de que o lançamento não ofereceria segurança na determinação da infração e na apuração dos valores. Que a nova diligência utilizada como suporte pela Junta serviria para comprovar precariedade na apuração, pois teria alterado valores baseando-se, segundo diz, inclusive em fundamentos que não teriam feito parte da acusação inicial. Aduz que por isto deveria ter sido aceito o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, que ratifica em sede de Recurso.

Repete a argumentação no sentido de que, ao contrário do entendimento da JJF, o prazo concedido de 10 dias para a manifestação acerca da última diligência teria caracterizado a

nulidade do feito, pois as alterações de fatos e valores que deveriam compor o lançamento desde o nascedouro, no mínimo tornaria necessária a reabertura de prazo, em 30 dias. Que a Autuante não teria feito simples ajustes para atender o pleito dele, contribuinte, e que teria havido modificação da essência do Auto de Infração com a adoção, para se chegar aos cálculos, de motivações que fala que não se encontravam na peça inicial. Afirma que se este CONSEF não reabrir o prazo de defesa, o resultado seria a nulidade de todo o procedimento, na esfera judicial, por cerceamento do direito de defesa, pois todas as motivações e cálculos deveriam compor o lançamento, quando ele, ora recorrente, foi instada a contestar, em 30 dias. Repete a alegação já apresentada na impugnação originária no sentido de que *“A única possibilidade de afastar a necessidade de reabertura de prazo é observando a regra do art. 155, § único, do RPAF, sendo o mérito enfrentado em benefício do autuado. Ainda que o lançamento tenha decorrido da aplicação de MVA de 100%, na auditoria, sobre as aquisições de “produtos de embalagem”, de forma indiscriminada, não se pode admitir, côm disse a JF, que os efeitos da consulta não sejam aplicáveis. A Consulta foi formulada pela própria FARMÁCIA MARIMOTO LTDA, através de um dos seus estabelecimentos.”*

Aduz que não obstante o princípio da “autonomia dos estabelecimentos”, a resposta do Fisco atingiria toda a atividade da empresa e, portanto, sua matriz e filiais, não sendo necessário, para alcançar este resultado, que fosse feita uma consulta igual para cada estabelecimento, porque cada um deles exerceria idêntica atividade, e diz que isto “não é exigido pela legislação”.

Afirma que *“se a Decisão, ao invés de exonerar, fixasse uma obrigação, certamente a conclusão do Julgador seria extensiva. Contrariando o senso, como a Consulta serve de amparo ao Contribuinte, se negou irregularmente a mesma extensão.”*

Copia o artigo 55 do RPAF/99 e diz que apenas em relação às entidades de classe o RPAF/99 exigiria a discriminação dos estabelecimentos beneficiados, consoante diz que estaria expresso no artigo 59 do mesmo Regulamento.

Afirma que a consulta é sobre a “interpretação e aplicação da legislação tributária”, e não sobre “determinado estabelecimento” e que como todos possuem direito a tratamento igualitário, se a *“Administração Tributária expressa orientação acerca da “interpretação e aplicação da lei”, à qual todos encontram-se submetidos, todos devem ser regidos dentro da mesma ótica, salvo posterior deliberação, à qual, dentro do mesmo escopo, todos devem obediência.”*

Afirma que *“como os fatos geradores atingidos pelo Auto de Infração são anteriores à citada “re-ratificação”, datada de 27/05/2009, nada pode ser cobrado. Consta no texto da “re-ratificação” a seguinte observação: “Cumpra-se ressaltar, por fim, que conforme estatui do art. 65 do RPAF/BA, abaixo transcrito, o Consulente fica eximido de qualquer penalidade relativamente ao período em que agiu em observância ao entendimento anterior, que deverá prevalecer até a data que tiver ciência do novo posicionamento da Diretoria de Tributação.”*

Afirma que o presente sujeito passivo, autuado e ora recorrente, integra “a Consulente” e deveria ser alcançado pela Consulta.

Aduz que se o autuado, ora recorrente, *“não pode usufruir da consulta, também não pode lhe ser imposta a resposta consignada no Parecer 8597/2009, permanecendo a dúvida de interpretação. Se o aludido Parecer é aplicável, como insiste a Autuante, o anterior também segue o mesmo destino, prevalecendo sobre os fatos anteriores à “re-ratificação”.”*

Repete a alegação, já proferida na manifestação anterior à Decisão, no sentido de que *“o novo demonstrativo apresenta valores superiores àquele constante na autuação, que não pode ser majorada, pois, como dito anteriormente, não se fez simples ajustes e sim uma completa alteração do lançamento. É improcedente, como visto, a exigência, posto que o autuado, em relação aos fatos geradores indicados no Auto de Infração, ou seja, entre junho e dezembro de 2008, encontravam-se protegida pela interpretação que aponta para a apuração da MVA com base nos disposto no art. 353, inciso II, do RICMS, com margem de 20% fixada pelo Anexo 89, item*

07, tudo em consonância com a orientação emanada da fiscalização, consoante anexo Parecer GETRI nº 23786/2008, somente alterado através do Parecer GETRI nº 8597/2009, em 27/05/09.”

Aduz que as conclusões da JJF seriam impertinentes, “*devendo a PGE e o CONSEF, fazer a devida alteração na Decisão recorrida, seja anulando a Decisão contestada ou o AI, seja modificando-a para determina a improcedência do item 01.*”

Protesta pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, e pede o provimento do Recurso interposto, ensejando a nulidade da Decisão recorrida ou a nulidade ou improcedência do item 01.

A PGE/PROFIS, por intermédio da preclara procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emite Parecer às fls. 381 e 382 opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

A douta procuradora aduz que o recorrente alega, em síntese, que a Decisão de primeira instância seria nula por não ter sido observado o direito de defesa do contribuinte, que deveria ter reaberto o prazo para manifestação e defesa, após a Informação Fiscal que modificou a motivação da autuação. Que, no mérito, insiste que a consulta formulada à DITRI lhe produziria efeitos, não podendo ter sofrido ação fiscal, e que o contribuinte também reafirma que na Informação Fiscal teriam sido majorados valores iniciais e feita uma completa alteração do lançamento.

A nobre procuradora afirma não vislumbrar a nulidade suscitada. Expõe o entendimento de que na autuação o contribuinte é acusado de recolher a menos o ICMS devido por antecipação, relativamente às embalagens, e que os demonstrativos de fls. 10 a 23 demonstram, nota por nota, as operações objeto da exigência, com indicação do cálculo respectivo e percentual de MVA.

Que na Informação Fiscal de fls. 215 a 277 a autuante repete os demonstrativos inicialmente trazidos, indicando com destaque os valores modificados diante dos argumentos da defesa, e que no demonstrativo à fl. 231 a atuante também informa o acatamento, ou não, das notas fiscais cujas mercadorias foram alegadas como sendo material de consumo. Que, ainda assim, a JJF determinou que a autuante esclarecesse ainda mais as alterações de valores promovidas na Informação, o que foi feito às fls. 304 a 317. Que o contribuinte teve todas as oportunidades previstas em lei para se manifestar, sempre alicerçado nos fundamentos da acusação, e não houve prejuízo ao seu exercício de defesa. Que o recorrente não aponta, com objetividade, quais os valores que teriam sido indevidamente majorados pela Informação Fiscal, limitando-se a alegar tal fato.

Quanto à Consulta formulada, a douta procuradora afirmou concordar com a Decisão recorrida no sentido de que, em obediência ao princípio da autonomia dos estabelecimentos, não importa, para o caso presente, que o autuado seja filial da consultente que tenha formulado a consulta. Que, assim, o recorrente deveria ter formulado consulta em nome próprio e solicitado os efeitos às suas filiais aplicando-se, por analogia, o disposto no artigo 59 do RPAF/99.

A ilustre procuradora transcreve o artigo 4º do RPAF/99 e afirma ser o mesmo claro ao dispor que a legitimidade para postular é de quem tem responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário, ou pelo cumprimento da obrigação acessória, o que não é o caso da empresa matriz em relação às suas filiais.

Em sessão de julgamento, presente o digno representante da PGE/PROFIS, este pediu vistas para examinar o processo, em razão das alegações do recorrente acerca dos efeitos das Consultas formuladas a esta SEFAZ. O processo foi então adiado para nova sessão de julgamento, na qual o preclaro procurador expôs discordar do opinativo da PGE/PROFIS constante dos autos. Citou posicionamento da Receita Federal acerca do princípio da isonomia no tratamento dado a contribuintes. Defendeu o posicionamento no sentido de que o princípio da isonomia, na situação em foco, deveria prevalecer sobre o princípio da autonomia dos estabelecimentos, e expôs o entendimento de que caberia razão ao contribuinte ao alegar que os efeitos da consulta formulada sobre matéria idêntica por um dos estabelecimentos da empresa deveriam recair sobre todos os seus demais estabelecimentos, no quanto pertinente à mesma matéria, em mesma situação.

Opinou pelo provimento do Recurso Voluntário interposto, superando a alegação de nulidade suscitada pelo recorrente.

Em sustentação oral, o Advogado do Contribuinte reiterou as alegações contidas no Recurso Voluntário e solicitou que fosse observado que, caso acatado o pleito contido no Recurso Voluntário acerca da improcedência da imputação 1, naquele momento renunciava expressamente às suas arguições de nulidade.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à imputação 1 do Auto de Infração.

Compulsando os autos, e após ouvida a explanação do representante da PGE/PROFIS, digno procurador José Augusto Martins Júnior, no sentido da prevalência do princípio da isonomia sobre o princípio da autonomia dos estabelecimentos, na situação em lide, concluo que merece reparo a Decisão recorrida.

Por oportuno assinalo, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, que o mesmo pedido já fora apreciado na Decisão de primeira instância, bem como toda a matéria objeto da autuação, e das razões da impugnação, mas também observo que em sessão de julgamento o Advogado do contribuinte novamente, e de forma expressa, renunciou a tais alegações de nulidade, caso provido o seu pleito no sentido da declaração de improcedência da imputação 1.

Mantendo clara a realidade, observo que a imputação não foi alterada ao longo deste processo, seja em sede de informação fiscal, seja em sede de Decisão administrativa de primeira instância, e sim apenas o valor total originariamente devido foi reduzido, inclusive em razão das alegações defensivas apresentadas. Os novos demonstrativos fiscais foram explicados pela autuante em duas ocasiões e, por cuidado, a agente fiscal acostou aos demonstrativos juntados na informação fiscal cópias de primeiras vias de notas fiscais que pertencem ao autuado, para ilustrar quais foram as notas fiscais cujas mercadorias o contribuinte alegava terem a natureza de material de uso e consumo, que foram acatadas como tais na revisão realizada pelo Fisco, e quais as que não se caracterizam como material de consumo (fls. 232 a 243), bem como também acostou cópias das primeiras vias de notas fiscais emitidas por contribuintes optantes pelo Simples Nacional, das quais o oro recorrente não poderia ter utilizado o crédito (fls. 245 a 256), e de igual maneira procedeu acostando as notas fiscais referentes aos demais demonstrativos explicativos e respectivas cópias de primeiras vias de notas fiscais acostados às fls. 257 a 277, dos quais o contribuinte recebeu todas as cópias, conforme documento de fl. 281, mesmo tratando-se de vias de documentos fiscais que sempre estiveram sob o poder do oro recorrente. Desta forma, no curso deste processo sempre foi garantido ao sujeito passivo o seu direito à ampla defesa, e o contraditório foi regularmente exercido.

Destaco, por necessário, que não merece guarida, por não guardar reflexo na realidade histórica, a afirmativa do recorrente no sentido de que *“se a Decisão, ao invés de exonerar, fixasse uma obrigação, certamente a conclusão do Julgador seria extensiva. Contrariando o senso, como a Consulta serve de amparo ao Contribuinte, se negou irregularmente a mesma extensão”*. Este Conselho de Fazenda tem-se pautado, sempre, pela busca da verdade material, e pelo equilíbrio na aplicação da justiça, balizando-se pela equanimidade na ponderação das motivações e dados dos documentos trazidos aos autos dos processos, ao prolatar suas decisões.

No mérito, observo que a Infração objeto do Recurso Voluntário refere-se a recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de substituto tributário, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, na aquisição de mercadorias, nos meses de junho a dezembro de 2008. Demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 10 a 23. ICMS no valor de R\$47.642,45, acrescido da multa de 60%.

A atividade principal do contribuinte, conforme seu cadastro nesta SEFAZ, é exatamente comércio varejista de produtos farmacêuticos com manipulação de formas, embora também tenha registrado outros códigos de atividade relacionados a este.

O RICMS/BA, no §2º do seu artigo 353, em redação vigente à poça dos fatos geradores da ação fiscal, dispunha:

RICMS/BA:

Art. 353. (...)

§ 2º. As farmácias, drogarias e casas de produtos naturais farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de quaisquer mercadorias efetuadas neste Estado ou procedentes do exterior, sem prejuízo do disposto no art. 371 acerca das aquisições interestaduais (art. 61, V).

Determina o artigo 371:

art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

No período objeto da ação fiscal, os Estados onde sediados os estabelecimentos emitentes das notas fiscais cujas operações interestaduais foram discriminadas nos demonstrativos fiscais que baseiam a infração 1 não eram signatários do Convênio ICMS 76/94, que trata de substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos.

Assim, a princípio caberia ao recorrente ter realizado as devidas antecipações de recolhimento do tributo, e o Fisco comprovou, documentalmente, que se consideradas aquelas condições, o contribuinte teria recolhido a menos, aos cofres públicos, o imposto devido.

Porém, observadas as ponderações feitas em sessão pelo representante da PGE/PROFIS, em relação à situação específica sob julgamento, e considerados os documentos constantes deste processo, concluo pela necessidade do tratamento isonômico entre os estabelecimentos da mesma empresa, no que tange à aplicabilidade dos termos dos Pareceres emitidos pela DITRI/GECOT/SEFAZ em relação ao uso dos percentuais de Margem de Valor Adicionado - MVA em relação às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária praticadas pelo contribuinte, operações de mesma natureza daquelas objeto das Consultas realizadas a esta SEFAZ, no período foco da imputação 1.

Nestes termos, observo que um dos estabelecimentos da empresa da qual também faz parte o ora recorrente havia, de fato, ingressado em 2008, via internet, com Consulta a esta SEFAZ indagando qual a MVA que deveria ser aplicada no cálculo do ICMS pago por antecipação em substituição tributária nas aquisições de embalagens e produtos adquiridos para revenda. Em 31/07/2008 foi proferido o Parecer DITRI/GECOT/SEFAZ nº 13744/2008 observando que deveria ser utilizada a MVA de 100%. Em 25/11/2008, contudo, em nova Consulta formulada também por estabelecimento componente da mesma empresa da qual também é integrante o ora recorrente, foi emitido o Parecer DITRI/GECOT/SEFAZ nº 23786/2008 opinando pelo uso da MVA de 20% para cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas aquisições de embalagens e produtos diversos destinados à simples revenda. E em 26/05/2009 foi prolatado o terceiro Parecer DITRI/GECOT/SEFAZ sobre o mesmo assunto para esta mesma empresa Farmácia Morimoto Ltda., Parecer DITRI/GECOT/SEFAZ nº 8597/2009, retificando o Parecer DITRI/GECOT/SEFAZ inicial, aquele de nº 13744/2008, expondo então que fora constatada a necessidade de reforma parcial do citado Parecer nº 13744/2008, aduzindo que para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária em razão da aquisição de embalagens destinadas ao acondicionamento, como frascos, vasilhames e recipientes diversos deveria ser utilizada a MVA de 100%, ao final deste Parecer nº 8597/2009, de 26/05/2009, estando explicitado que o Consulente, integrante da empresa Farmácia Morimoto Ltda., estaria eximido de qualquer penalidade relativamente ao período em que agira em observância ao entendimento anterior, que deveria prevalecer até que ao contribuinte fosse

dada ciência do novo posicionamento da DITRI/SEFAZ, nos termos do artigo 65 do RPAF/99. A cientificação ao contribuinte deu-se em 28/05/2009, conforme consta no controle de dados cadastrais relativos a Processos de Consulta, nesta SEFAZ.

Assim, uma vez que o período objeto da imputação 1 do Auto de Infração é o de junho a dezembro/2008, tal período está alcançado pelo quanto disposto no mencionado Parecer DITRI/GECOT/SEFAZ n° 8597/2009.

Quanto ao pedido do recorrente para sua intimação no endereço dos Advogados da empresa, coaduno-me com o entendimento firmado na Decisão de primeira instância, no sentido de nada impedir que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço requerido mas igualmente ressalto que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, exatamente porque as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no artigo 108 do RPAF/99.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida em relação à Infração 1, objeto do Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE esta imputação. Assim, restando mantida a Decisão recorrida apenas em relação à Infração 2, reconhecida pelo sujeito passivo, é PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

D.OCORRÊNCIA	D.VENCIMENTO	ALÍQ (%)	VLR HISTÓRICO	VLR RECONHECIDO	MULTA FIXA
30/04/2008	30/04/2008	0	46.543,97	46.543,97	5

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n° **281332.0005/09-0**, lavrado contra **FARMÁCIA MORIMOTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$46.543,97**, prevista no art. 42, XIII-A, “i”, da Lei n° 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei n° 9.837/05, devendo ser homologados os valores já efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS