

A. I. N° - 380214.0001/09-7
AUTUADO - E. C. VELANES & CIA LTDA.
AUTUANTES - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 12.05.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0109-02/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR 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. Exigência fiscal parcialmente subsistente, após a exclusão no levantamento fiscal, das notas fiscais contendo mercadorias oriundas do Estado da Bahia e de Estados signatários do Convênio 76/94, cuja responsabilidade é do remetente na condição de substituto tributário por força dos citados acordos interestaduais. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A: a) CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. b) PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO.** Em tais situações, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Argumentos defensivos incapazes para elidir as infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/03/2009, e reclama ICMS no valor de R\$167.438,56, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$166.205,19, 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/97, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008, conforme demonstrativos e documentos às fls.17 a 203.
2. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$827,73, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de março e abril de 2004, setembro de 2005, setembro a novembro de 2008, conforme demonstrativo à fl.15.
3. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$405,64, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de maio de 2004, maio de 2005, março, maio, julho e dezembro de 2006, abril, agosto e setembro de 2007, junho e dezembro de 2008, conforme demonstrativo às fls. 15 a 16.

Em 15/04/2009, fls.277 a 279, o autuado solicita prorrogação do prazo para impugnação do Auto de Infração, sob alegação de que foi feito um levantamento eletrônico de dados com mais de 20.000 itens, e necessita ser apurada para constatar ou não a existência das irregularidades apontadas.

Em 07/05/2009, o sujeito passivo através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls.282 a 297, alegou que ficou impedido de exercer com plenitude a ampla defesa, com base nas seguintes preliminares:

- a) Falta de clareza nas planilhas dos demonstrativos que instruem a autuação, pois na coluna “Antec. Trib.” não há alusão a valores, sem a correta explicação da base de cálculo utilizada; não repete nas colunas em cada página subsequente a que as mesmas se referem; não há indicação da origem das MVA utilizadas, ou seja, a do Anexo 88 para os produtos enquadrados no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 para os casos dos produtos não enquadrados, porém adquiridos por “farmácia” que se submetem à antecipação tributária; que na coluna “total” não sabe se diz respeito ao total dos produtos ou ao valor total da nota; que a base de cálculo é duvidosa, porque não especifica se é decorrente da base de cálculo do ICMS de origem ou a BC da substituição tributária; na coluna “ICMS” não há indicação de como foi apurado cada valor, tendo em vista a aplicação das alíquotas de 7%; 12% ou 17%; que a planilha se apresenta em fonte em tamanho minúsculo, dificultando uma análise minuciosa e o entendimento e as constantes remissões às centenas de folhas; na coluna “Antecipação Tributária” apresenta diversos valores sem qualquer indicação de multiplicandos ou multiplicadores.
- b) Falta de igualdade no prazo para análise da conclusão fiscal, visto que o autuante ficou de posse da documentação fiscal por um período aproximado de 10 (dez) meses, e teve o exíguo prazo de 30 (trinta) dias para impugnar o lançamento.
- c) Irrazoabilidade do tratamento dispensado, por entender que há sempre uma situação que não encontra amparo na clara aplicação da letra da lei, ou seja, que dada a complexidade, envolvendo anexos equivalentes a centenas de páginas, todas em papel, sem a disponibilização de arquivo magnético. Requer ao órgão julgador o direcionamento nesse sentido.
- d) Negativa do arquivo em meio magnético – diz que após a ciência do auto de infração solicitou a prorrogação do prazo para interposição da defesa, tendo em vista ter sido enviado juntamente com a intimação apenas levantamentos em papel impresso.

No mérito, esclareceu que atua no ramo farmacêutico, que está obrigado a recolher o tributo estadual pelo regime de substituição tributária, e comentou sobre o aspecto jurídico da substituição tributária, destacando a figura do contribuinte substituto e substituído. No caso diz que se enquadra como contribuinte substituído. Assim, entende que a autuação é insubsistente por não ter havido qualquer relação jurídica a fundamentá-la.

Prosseguindo, comenta sobre a necessidade do auto de infração conter a descrição clara para caracterizar a sua validade, e apresenta outros elementos de defesa, relacionados a: notas fiscais de vendedores com inscrição na Bahia; notas fiscais com recolhimento de GNRE (anexadas); notas fiscais de empresas com inscrição na Bahia, além de apresentarem a GNRE em anexo; notas fiscais do próprio Estado da Bahia; e notas fiscais de outros Estados.

Em seguida, comentou sobre os tópicos argüidos nas preliminares, dizendo que para facilitar o entendimento da matéria esposada, e tendo em vista a complexidade de documentos analisados, sua defesa será feita pautada em pontos comuns de prováveis erros encontrados na autuação, sendo, por isso, dividido em quatro blocos de notas analisadas: a) Notas Fiscais de vendedores com inscrição na Bahia; b) Notas Fiscais com recolhimento de GNRE em anexo; c) Notas Fiscais de empresas com inscrição na Bahia, além de apresentarem a GNRE em anexo; d) Notas Fiscais do próprio Estado da Bahia, e e) Notas Fiscais de outros Estados.

Notas Fiscais de vendedores com inscrição na Bahia - ANEXO I

Esclarece que o primeiro conjunto de Notas Fiscais analisado envolveu documentos que, embora não tenham apresentado o valor do tributo pago através de GNRE, o mesmo foi mencionado nas Notas Fiscais, incluindo no valor do preço, sendo, por isso, cobrado indevidamente da empresa autuada. Frisa que são diversos os itens a se considerar.

Não concordou com o entendimento do autuante de que no período de 2004, não havia convênio entre o Estado da Bahia e os Estados vendedores, basicamente, Estado de São Paulo, configurando, deste modo, o previsto no art. 371, inciso I, alínea "a", e artigo 125, inciso I, alínea "a", combinado com o artigo 61, todos do Regulamento do ICMS/BA, arguindo que é discutível sua responsabilidade em face da ausência de convênio entre as unidades da Federação.

Para justificar seu entendimento, aduz que embora não tenha existido convênio à época, o ICMS veio destacado nas notas (do grupo em análise), implicando em pagamento do tributo por parte da empresa. Argumenta ainda que foram constatadas em diversas notas fiscais, por exemplo, notas das empresas Procter & Gamble do Brasil S/A e Gillette do Brasil Ltda a presença de Regime Especial, conforme PARECER/GECOT nº 1182/2001 e PARECER/GECOT nº 1126/2000, respectivamente, o que significa que o imposto, devido na substituição tributária, tinha sido retido pela remetente, de acordo com o regime adotado. Além disso, sobre a alegação de que não há convênio, observa que caberia ao autuante analisar em cada operação comercial a existência ou não de convênio entre os entes federativos envolvidos, e não transferir esta providência para o contribuinte adquirente.

Por outro lado, salienta que a falta de apresentação da GNRE não significa que o tributo não tenha sido pago, isto porque, o tributo está destacado na nota, e significa que foi pago pelo autuado. Frisa que se o recurso entrou ou não nos cofres públicos, não se trata mais de relação tributária envolvendo o contribuinte adquirente, mas o contribuinte que vendeu a mercadoria, situado em outro Estado.

Sustenta que compete ao autuante verificar se os valores pagos pelo estabelecimento às empresas vendedoras foram ou não pagos por estas. Observa que a verificação se as empresas fornecedoras recolheram ou não aos cofres do Governo do Estado da Bahia os valores que lhes foram repassados, pode ser feita no Sistema Eletrônico de Dados da INFAZ, não podendo o ônus da prova lhe ser transferido.

Assevera que a ação do Fisco Estadual deveria ter sido a interceptar todas as notas fiscais nos seus Postos Fiscais da fronteira com os Estados, que são oriundas de outras unidades da federação sem Convênio, e efetuar a cobrança diretamente do comprador, e não carimbar as notas, autenticando a sua validade tributária, e, em momento posterior, exigir o pagamento de tributo que já foi pago.

Notas Fiscais com recolhimento de GNRE em anexo - ANEXO 11.

Aduz que se o vendedor anexa à Nota Fiscal a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), está comprovado o pagamento do tributo devido. No caso, alega que não pode prosperar a inclusão de notas fiscais para as quais foram anexados os comprovantes do recolhimento dos tributos.

Notas Fiscais de empresas com inscrição na Bahia, além de apresentarem a GNRE em anexo - ANEXO 111.

Esclarece que este item é a junção dos dois anteriores. Diz que o autuante, em alguns casos, além de não atentar que as empresas vendedoras tinham também inscrição na Bahia, não levou em conta a comprovação do recolhimento do tributo, qual seja, a GNRE. Ou seja, argumenta que a fiscalização, em ambos os casos, abstraiu-se totalmente da arrecadação promovida pelos substitutos tributários industriais e/ou grandes atacadistas - para exigí-la na sua integralidade, à guisa de o Estado de origem não ter ratificado o Convênio ICMS 24/01, agravado, neste caso, pela

comprovação das GNREs em anexo. Além disso, acrescenta que o simples fato de a GNRE não estar acostada não significa ausência do recolhimento do tributo, e ainda, que a ausência de convênio não é presunção absoluta de que o tributo não foi pago. Chama a atenção de que as notas fiscais anexadas contém carimbo do Fisco aduaneiro, em clara comprovação de que houve fiscalização das mercadorias recebidas, bem como da correção das notas envolvidas na fiscalização. Entende que o procedimento normal do Fisco deveria ser interceptar todas as Notas Fiscais nos seus Postos, oriundas de outras unidades da federação que não estivessem sob convênio, e efetuar a cobrança diretamente do comprador, e como não assim procedeu, presume-se a regularidade das entradas de todas as mercadorias carimbadas.

Notas Fiscais do próprio Estado da Bahia - ANEXO IV

Alega a existência de notas fiscais oriundas de mercadorias adquiridas no próprio Estado da Bahia, às quais não lhe cabe qualquer responsabilidade pelo pagamento do imposto por substituição tributária. Aduz que essa responsabilidade, por se tratar de produtos farmacêuticos, cabe ao remetente das mercadorias.

Notas Fiscais de outros Estados - ANEXO V.

Alega que nesse bloco encontram-se notas fiscais que não há o fato gerador do ICMS, pois na houve operação de circulação de mercadorias, por se tratar de operações relativas à remessa de mercadorias a título de amostras - grátis, bonificações, brindes, que não são mercadorias para a substituição tributária, e, ainda notas de contas telefônicas, em que, foi apurado débito da empresa.

Feitas estas considerações, diz que estão sendo anexadas novas planilhas recalculadas, cuja confecção foi obtida da re-digitação do levantamento fiscal, com exclusão das notas acima citadas, seja porque o ICMS já tinha sido recolhido pela substituta, seja porque há comprovante em anexo da GNRE, ou porque havia a única obrigação da substituída frente ao Estado na relação jurídico-tributária. Diz que esses foram os critérios estabelecidos na configuração das novas planilhas apresentadas.

Observa que do refazimento das planilhas constatou-se que a conta-corrente do ICMS apresentou oscilações ano a ano, sendo que, em determinado período houve débito, porém, em outros exercícios, houve crédito, que não foi configurado. Salienta que no ANEXO VI, verifica-se que, em 2004, houve débito de apenas R\$ 4.316,27; em 2005, a situação se inverteu, houve crédito, no valor de R\$ 3.191,95 (ANEXO VII); em 2006, houve crédito de R\$ 9.615,51 (ANEXO VIII); em 2007 houve crédito de R\$ 831,13 (ANEXO IX); e em 2008 houve crédito de R\$3.254,24 (ANEXO X).

Por fim, requer a declaração da nulidade da autuação por cerceamento de defesa, ou caso não seja esse o entendimento do órgão julgador, que sejam reconhecidos os créditos que apurou na documentação anexada, procedendo-se a devida compensação.

Na informação fiscal às fls. 1.271 a 1.283, o autuante esclarece que a lavratura do auto de infração está em consonância com o art.38 do RPAF/97, conforme Ordem de Serviço nº 501158/09, e transcreveu todas as infrações.

Inicialmente salientou que o autuado impugnou apenas a infração 01, concordando tacitamente com as infrações 02 e 03.

Esclarece que:

a) Na programação fiscal constavam algumas inscrições do grupo Velanes. Na fase de planejamento da fiscalização quando da análise dos arquivos magnéticos, foi observado omissão de diversos registros, entre eles o 50, 54 e 60A, 60M e 60R.

b) O autuado foi intimado com prazos sucessivos para proceder à regularização dos arquivos magnéticos, depois de vencidos, deu-se conta de que não teria como regularizar os arquivos nos moldes do Convênio, nos prazos estabelecidos pelo RICMS, sendo facultado que fossem incluídos

os Registros 50 e 54, sendo reintimado a apresentar os livros e as Notas fiscais de entrada. Ao longo de nove meses, transcorreu a ação fiscal do grupo que foi renovada.

c) Em razão da atividade principal do autuado ser o ramo farmacêutico, todos os seus produtos incidem a Antecipação Tributária, e devido a variedades de itens comercializados para identificar alíquota e MVA tornou-se necessário o manuseio da Notas Fiscais de compra.

Argumenta que o prazo para elaboração de defesa é definido pelo RPAF, não sendo de sua competência modificar o prazo estabelecido. Explica que foram entregues juntamente com o Auto de Infração planilhas Excel em papel para que fosse exercido o princípio Constitucional da Ampla Defesa, semanas depois, foram solicitados que as planilhas fossem fornecidas em meio magnético, sendo fornecida planilha Excel com as Notas Fiscais extraídas do Sintegra.

Considerou que a alegação de falta de clareza nas planilhas tem fim procrastinatório, uma vez que os cálculos elaborados correspondem aos mesmos utilizados pela Impugnante na apuração do ICMS mensal, alíquotas e os percentuais de MVA são os consignados nos anexos 88 e 89 do RICMS e no Convênio 76/94, lembrando apenas que o benefício da redução da base de cálculo do Atacadista não se repassa para terceiros.

Comenta sobre a Substituição Tributária, dizendo que o Convênio 76/94 traz as normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária de medicamentos e produtos correlatos, e que são signatários deste Convênio todos os Estados, exceto AM, CE, DF, GO, MG e SP, que denunciaram em datas diferentes. A título de exemplo, diz que o Convênio 76/94 foi denunciado em 20/10/1997 por São Paulo e em 05/01/2005 por Minas Gerais.

Explica que os remetentes de mercadorias situados nos Estados que denunciaram o Convênio 76/94, estão desobrigados de proceder à retenção da Substituição Tributária. Observa que o desconhecimento deste detalhe tenha induzido a erro ao autuado, que não requereu dos Fornecedores sediados nas Unidades da Federação citadas, junção das GNRE que comprovassem o recolhimento do ICMS correspondente, presumindo ser de responsabilidade da remetente o recolhimento do ICMS.

Informa que a partir da operação Profarma, foi orientado que todas as Notas Fiscais de aquisição de medicamentos oriundas das Unidades da Federação não signatárias do Convênio 76/94 deveriam estar acompanhadas da GNRE, caso não fosse apresentada deveria ser exigido o tributo.

Quanto a imposição da multa sustenta que as infrações contidas no Auto de Infração foram enquadradas e tipificadas regularmente, e que cabe ao autuado apresentar a prova da existência de equívocos ou erros para que sejam processados os ajustes que se fizerem necessários.

Além disso, esclareceu que nos anexos I a X da peça defensiva, constam diversas NF que compõem a infração 01, que ocorrera por infringir os art. 371, inciso I, alínea “a” e no art. 125, inciso I, alínea “a”, combinado no art. 61, todos do RICMS/BA.

Explica que diante das arguições defensivas, fez uma re-leitura de cada uma das NF inseridas nos anexos, verificando o que expõe em seguida:

São Paulo

– notas fiscais emitidas por Kimberly-Clark Brasil Ind. e Com. Prod. Higiene Ltda, inscrita no cadastro como substituto tributário (75478003), o ICMS por substituição foi destacado, porém não foi apresentada a GNRE correspondente;

- notas fiscais emitidas pela Procter & Gamble do Brasil S/A, inscrita no cadastro como substituto tributário (55266709), o ICMS por substituição foi destacado, porém não foi apresentada a GNRE correspondente;

- notas fiscais da empresa Gillette do Brasil S/A, para os produtos com CFOP 6102 improcedente a alegação, demais produtos em que houve a incidência do ICMS substituição Tributária 257248 – 21/07/05 (fl. 435) procede a alegação.

- demais notas fiscais para o ICMS por substituição não foi apresentada a GNRE correspondente;
- notas fiscais com GNRE anexa, com valor inferior ao apurado no levantamento fiscal.
- notas fiscais com apresentação na defesa da GNRE;
- notas fiscais cujas diferenças correspondem a produtos fora do anexo 88 – improcedente;
- notas fiscais com diferença correspondente às devoluções;
- notas fiscais referente a material de uso ou promocional;
- CTRC;
- notas fiscais de produtos isentos;
- notas fiscais de remessa de troca ou para mostruário;

Minas Gerais

- NF 198129 - 15/12/07 (fl.356) emitidas por Peixoto Com. Ind. Serv Transp Ltda (MG), inscrita no cadastro como substituto tributário;
 - NF 042890 – 18/03/05 (fl.422), 121442, 17/04/08 fl 901, 122351/352, 24/04/08 fl 902, 121025, 12/04/08 fl 904, 053732, 06/12/07 fl 990, 37467, 25/04/06 fl 993, 38021, 05/05/06 fl 994, 38845 30/05/06 fl 995, 43308, 16/11/06 fl 1005 a incidência da infração sobre produtos que não constam no anexo 88, portanto, sem destaque do ICMS Substituição Tributária.
 - CRTC 519644, 23/05/08 fl 909, 4172, 30/07/08 fl 918 improcedente, 433433, 27/04/07 fl 955, salvo se provar que o frete foi CIF.
- NF 58182, 14/08/08 fl 919, 1700, 30/11/08 fl 945, 0967, 02/10/07 fl 973, 51836, 22/10/07 fl 979 Improcedente
- NF 697357 – 27/04/04 subst tributária, aquisição de filmes, prot. 15/85 procedente a alegação.

Paraná (denunciou o convênio no período de 30/06/94 a 31/05/08)

- NF 301543 - 26/10/07 (fls. 357 e 358), Procedente.

Procedente NF 139706 – 10/08/04 (fl.490), 842452, 17/03/04 fl 1020

- NF 099242 – 29/01/04, 272935, 04/04/07 fl. 954, 22666, 23/10/06 fl 1004, 2135, 11/03/05, fl 1012, 7207, 41/05/05 fl 1013 incidência sobre produtos fora do anexo 88, improcedente a alegação.
- CRTC 074469, 11/12/07 fl 987, 180207, 26/08/04 fl 1025 acessório segue o principal, improcedente a alegação

Rio de Janeiro

- NF 347422, 04/04/06 fl. 372 – o remetente não efetuou a retenção sobre os dois produtos iniciais Chupeta Disney orto silicone 3D tam2, e nem sobre Conjunto de escova e pente Disney 3d, que soma R\$154,60. Portanto, que não procede a impugnação.
- 557444 28/02/08 fl 890, 589328, 10/04/08 fl 898, 595903, 18/04/08 fl 899, 619050, 20/05/08 fl. 908, 662996, 15/07/08 fl. 917, 684364, 08/08/08 fl 921,102327, 1890, 26/08/04 fl. 1024 . Improcedente a alegação
- NF 596702, 19/04/08 fl 900, 655807 fl 913, 648147, 26/06/08 fl. 914, 648147, 26/06/08 fl.914, 671369, 25/07/08 fl 920, 57569, 28/08/08 fl 923, 710329, 11/09/08 fl 929, 427091, 24/08/07 fl 969, 467574, 17/10/07 fl 978, 472859, 24/10/07 fl 980, Procedente a alegação
- NF 946139, 26/07/04 fl 1022, 960845, 18/08/04 fl 1023 embora sejam de simples remessa não se reportam a NF originária da operação que possibilite a classificação correta, portanto improcedente.

Santa Catarina

- NF 269947 – 28/02/05 (fl.467), A GNRE fl.469 contempla apenas produtos do anexo 88; NF 240614 – 13/04/04 (479) a incidência da infração ocorreu por conta dos produtos que não constam no anexo 88, portanto, sem destaque do ICMS Substituição Tributária.

Outros Estados

NF 14014, 27/11/06 fl 1007, 46473, 23/11/06 fl 1008 procedente

NF 3922, 15/09/08 fl 926, 04392, 12/11/08 fl 941, 834632, 09/01/04 fl 1018, alegação improcedente

Bahia

- notas fiscais de remetentes que têm domicílio no Estado da Bahia, com destaque do ICMS substituído - procedente a alegação.
- nota fiscal de 03/12/08 (fl. 326) de devolução, não apresenta elementos que identifiquem a NF de entrada correspondente;
- notas fiscais de empresas domiciliadas no Estado da Bahia, cuja incidência da infração deu-se apenas sobre as despesas acessórias não incluídas na base de cálculo do remetente - improcedente a alegação;
- notas fiscais com remetentes estabelecidos no estado da BA, a infração incidiu sobre os produtos fora do Anexo 88, portanto sem destaque do ICMS Substituição Tributária;
- notas fiscais com inclusão indevida - procedente a alegação;
- notas fiscais referentes a bonificação produtos fora do anexo 88, art. 54, I, "a" Improcedente a alegação;
- notas fiscais de produtos fora do anexo 88, adquiridos de atacadista, o benefício da redução da base de cálculo não se transfere para o destinatário, improcedente;
- nota fiscal 000151 – 29/04/08 (fl. 676) aquisição de perfumes, concedido o crédito do ICMS não destacado;
- notas fiscais sem classificação fiscal;

Sobre a configuração de créditos, o autuante diz que os saldos credores apurados a favor do autuado em alguns meses, não poderão ser utilizados para fazer encontro de contas neste PAF, visto que para a certificação (Notas Fiscais versus livros fiscais versus livros contábeis) ter sido adotado a técnica de auditoria denominada amostragem.

O autuante certifica apenas que estão relacionadas as Notas Fiscais de entrada apresentadas à Inspetoria quando da intimação, entendendo que não garante que foi a totalidade das Notas Fiscais de compras, ainda mais quando se observa diferenças recolhidas a maior de até 50% do valor apurado pelo autuante. Neste caso, o indébito deverá ser requerido mediante processo administrativo fiscal de restituição na forma prevista nos 73 e seguintes do RPAF.

Conclui que com base nas Notas Fiscais anexadas na peça defensiva, foram ajustados diversos itens da planilha inicial, resultando na diminuição do débito para o total de R\$ 113.673,40, conforme demonstrativo à fl.1.281 a 1.282.

Explica que parte significativa da diferença acima, por se tratar de assunto controverso, permaneceu no levantamento fiscal, e foram desconsideradas às NFs de aquisição de produtos farmacêuticos oriundas das UF não signatárias do Convênio 76/94.

Ressalta que na situação constam NF cujo valor destacado da Antecipação/Substituição bate exatamente com o valor calculado, entretanto, que há outras em que o valor destacado é inferior ao apurado no seu trabalho fiscal.

Conclui que procedem em parte as alegações defensivas, que depois de ajustados os valores das Notas Fiscais incontroversas, ainda restou ICMS a pagar, conforme demonstrado a seguir:

Infração	Valor AI	Valor após Defesa	Contestação
01 – 07.01.02	166.205,19	113.673,40	sim
02 – 06.01.01	827,73	827,73	não

03 – 06.02.01	405,64	405,64	não
Total do AI	167.438,56	114.906,77	

Sugeriu que a Coordenação de Cobrança cientificasse o autuado da informação Fiscal, entregando-lhe, exigindo assinatura no recibo anexo no ato da entrega da mídia anexa, contendo a planilha da infração 01 razão da impugnação, concedendo-lhe o prazo estabelecido no RPAF, para, querendo, se manifestar.

O autuado foi cientificado da informação fiscal, conforme intimação à fl.1.449, com entrega de mídia eletrônica através do recibo à fl.1.448, tendo se manifestado às fls. 1.451 a 1.456, com base nas seguintes alegações e ponderações.

Inicialmente destaca que no âmbito formal, seguirá a estrutura elaborada pelo autuante, com o propósito de facilitar o entendimento do contra-argumento exposto. No âmbito material, além de reiterar toda a matéria argüida no tempo próprio da Impugnação, diz que serão trazidas contribuições com o firme propósito de rechaçar os argumentos colacionados pelo autuante.

Não concordou com o argumento do autuante de que a alegação de falta de clareza nas planilhas transparece ato procrastinatório, dizendo não se sabe quais alíquotas e MVAs o mesmo utilizou na autuação, dificultando mais uma vez sua manifestação.

Analizando a questão no âmbito jurídico, sustenta que o contribuinte substituto, é quem detém responsabilidade pela substituição tributária, não existindo vínculo jurídico-tributário entre o substituído e o sujeito ativo. Cita lição de renomado professor de direito tributário sobre esta questão.

Nesse sentido, reafirma seu entendimento de que uma vez instituída a substituição, cessa o vínculo jurídico-tributário entre o substituído e o sujeito ativo, o que não foi observado pelo autuante.

Salienta que pouco importa se as empresas com quem manteve relações comerciais pagaram ou não ao Estado da Bahia, o que não é o caso, ou se recolheram ou não a destempo. Para o direito importa que houve alteração no pólo passivo da sujeição tributária, quedando-se o Estado de qualquer imposição sobre o autuado, nos casos em que há a substituição tributária.

Ressalta que as normas sobre Substituição Tributária estão elencadas em Convênio, alguns deles denunciados por Estados signatários. No caso, diz que alguns “Remetentes de mercadorias situados nos Estados que denunciaram o Convênio 76/94, estão desobrigados de proceder à retenção da Substituição Tributária”, não lhe competindo saber se os empresários com quem mantinham relação comercial fazem ou não parte de Estados não mais signatários.

Frisa que, do ponto de vista jurídico-constitucional, pouco importa se há ou não Convênio entre os Estados para que haja mudança nos institutos básicos da Substituição Tributária, ou seja, se nas Notas Fiscais constam o destaque do ICMS e se o adquirente da mercadoria pagou com o ICMS embutido, resta ao Estado fiscalizar o substituto, se o mesmo fez ou não o repasse ao Governo, e não obrigar que essa missão seja feita pelo comprador.

Prosseguindo, reafirma que falta clareza no levantamento fiscal, isto porque, foi afirmado pelo autuante que “o ICMS por substituição foi destacado, porém não foi apresentada a GNRE correspondente”; informa que a sua alegação é procedente, mas não diz o porque; cita várias notas sem explicar a razão justificadora, ou seja, se foi o valor abatido ou adicionado. Menciona *procedente* em uns, noutros nada diz, ou afirma aleatoriamente que *o acessório segue o principal, improcedente*.

Além disso, aduz que se a fiscalização quisesse impugnar as retenções realizadas por fornecedores estabelecidos em Estados que denunciaram o protocolo da Substituição Tributária, haveria um especial e oportuno momento de fazê-lo, qual seja, a verificação nos Postos Fiscais. Diz, mais, que se o Auditor entende que a retenção está vindo de Estado que não deveria ter

havido, o procedimento correto seria impedir que a Nota entrasse no Estado, e não carimbá-la, como sempre fez, pois ao carimbá-la, convalidou tudo o que nela está inserido.

Quanto aos créditos configurados no levantamento, não concordou com o autuante de que se houve indébito deveria ser requerido mediante processo de restituição, por entender que se ocorreu débitos e créditos haveria de ser feita a compensação na forma solicitada na impugnação. Diz que não há qualquer impedimento para o órgão julgador analisar a possibilidade de compensação dos créditos declaradamente reconhecidos pelo autuante.

No que tange a informação do autuante de que “Parte significativa da diferença acima, por se tratar de assunto controverso, permaneceram [sic] no levantamento do Autuante, portanto, foram desconsideradas as NF de aquisição de produtos farmacêuticos oriundas das UF **não signatárias** do Convênio 76/94”, reafirma que isto demonstra que não há segurança quanto à manutenção da autuação, devendo ser observado o princípio do direito tributário, previsto no artigo 112 do CTN.

Sobre a conclusão da informação fiscal, observa que foi reconhecida a procedência de parte da defesa e apresentado novo cálculo identificando o valor que entende devido, porém, não se pode alcançar a profundidade dos cálculos efetuados, isto porque, faltou clareza na explicação de como chegou aos resultados apresentados. Inclusive que foi apresentado em anexo um conjunto de DAEs que foram quitados pelo autuado, mas não levados em consideração para abater o débito, e que só agora estão sendo colacionados ao Processo (Anexo I).

Finaliza solicitando seja desconsiderada a informação fiscal e a manutenção na inteireza dos argumentos aduzidos na Impugnação e aqui corroborados e acrescidos.

O autuante presta informação fiscal (fls.1.488 a 1.491) sobre a manifestação do autuado, rebatendo as razões defensivas arguindo que o autuado insiste em afirmar de forma absurda que não tem como saber qual a MVA utilizada, porém, que depois da defesa fiscal foram analisados cada um dos pontos da peça defensiva juntamente com os documentos juntados, fls. 276 a 1270.

Sustenta que a planilha foi revista, nela inserida coluna específica para o MVA, que antes constava apenas na fórmula. Diz que também foi disponibilizada a planilha em meio magnético, conforme recibo fls. 1.448, ainda assim, o autuado insiste em afirmar que não consegue extrair conclusão dos cálculos, afirmando que foge da média do conhecimento do homem comum.

Entende que a falta de argumentos convincentes apresentados na defesa, não elide a acusação fiscal, esclarecendo que os demonstrativos anexados a Informação Fiscal fls. 1.271 a 1.445 extraídos do meio magnético, entregue por protocolo vide fl.1.448, mostra várias colunas, duas delas refere-se a alíquotas e MVA, portanto não tem cabimento tal afirmativa. Cabe ressaltar que se trata de ramo farmacêutico. Ressalta que diversos valores apurados no trabalho fiscal conferem com os apurados pela Impugnante.

Destaca que para a substituição tributária há controversa, transcrevendo o art. 125 e incisos do RICMS, observando que especialmente quando os entes estatais não são signatários de acordo ou convênio.

Ressalta que o estabelecimento é uma Drugstore, que além de medicamentos, também vende outros produtos, sendo que, o AI alcança os dois segmentos, tendo, portanto tributos de responsabilidade exclusiva do autuado.

Observa que no interstício do período fiscalizado, o autuado ficou irregular em diversos períodos, alguns ele recolheu o tributo como tal, como se pode ver nos anexos colacionados na manifestação do autuado fls. 1.460 a 1.487, em outros não.

Explica que no trabalho foram identificadas diversas ocorrências que podem conduzir conclusões distintas, quais sejam:

“a) NF de compras de medicamentos realizadas em **Estado signatário** do Convênio, porém o valor do ICMS Substituição Tributária destacado é menor que o calculado pelo Autuante;

- b) NF de compras de medicamento realizadas em Estado **não** signatário do Convênio, com valor do ICMS Substituição Tributária destacado, com valor igual ao apurado pelo Autuante;
- c) NF de compras de medicamento realizadas em Estado **não** signatário do Convênio, com valor do ICMS Substituição Tributária destacado, com valor inferior ao apurado pelo Autuante;
- d) NF de compras de medicamento realizadas em Estado **não** signatário do Convênio, sem destaque do valor do ICMS Substituição Tributária;
- e) Aquisição de produtos distintos de medicamentos, que são antecipados devido à condição do contribuinte – Farmácias”.

Observa que o autuado em algumas situações se beneficiou, quer seja da não retenção quer seja da retenção a menor. Afirma que os pontos considerados procedente na defesa fiscal foram claramente demonstrados na informação fiscal e no demonstrativo elaborado após a defesa.

Diz que o autuado não trouxe novos elementos na sua manifestação, além dos existentes na defesa, repetindo que foi disponibilizada a planilha em meio magnético para que fosse conferida e se fosse o caso apresentasse novos argumentos.

Ratificou seu procedimento fiscal, pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Considerando que o sujeito passivo ao se manifestar sobre a informação fiscal e o novo demonstrativo da substituição tributária entregue em meio magnético, conforme documentos às fls.1.271 a 1.449, juntou diversas cópias de DAEs que alegou não terem sido considerados no novo levantamento fiscal.

Considerando que o autuante em sua informação fiscal às fls. 1.488 a 1.491 nada aduziu sobre os referidos recolhimentos.

Foi proposta pelo Relator e acatada pela 2ª JF, na Pauta Suplementar desta data, converter o processo em diligência à INFAZ DE ORIGEM, para que o autuante analisasse os DAEs do ano de 2006 constantes às fls.1.460 a 1.487, de modo a verificar se realmente não foram considerados no novo demonstrativo da substituição tributária.

Foi determinado que caso realmente não tivessem sido considerados no levantamento fiscal, deduzisse do débito dos respectivos meses, elaborando nova planilha de apuração do débito.

Foi recomendado ao órgão preparador do INFAZ de origem que se forem anexados novos demonstrativos, fosse, mediante intimação dada vista ao sujeito passivo para a sua manifestação, querendo.

O autuante cumpre a diligência determinada pelo órgão julgador (fl.1.497), informando que:

- Os DAE's fls. 1460 a 1466, 1468 a 1473, 1475 a 1476, 1478, 1480 a 1487, não haviam sido considerados no levantamento, agora deduzidos do montante apurado.
- Os DAE's das fls. 1466 e 1467, 1468 e 1474, 1469 e 1477 estão duplicados, portanto foram considerados apenas os primeiros.
- O DAE da fl. 1479 foi desconsiderado em razão de ter sido juntado a Nota Fiscal 3768 à época do levantamento, razão pela qual consta valor zero na base de cálculo e no imposto, caso contrário teria que recalcular o imposto da NF citada.
- Cada um dos DAE's objeto da Diligência foi identificado ao lado da NF correspondente, e ao final deduzidos separadamente para melhor identificação.
- Depois que foi deduzido o valor dos DAE's retro mencionados, a infração 01 foi alterada para R\$160.139,93.

Conforme Termo de Intimação e Ar dos Correios, fls.1.652/3, o autuado foi cientificado da informação fiscal anterior, tendo se manifestado às fls.1.660 a 1.662, dizendo que o mesmo auditor fiscal fiscalizou duas empresas do mesmo grupo econômico, envolvendo situações fáticas e

jurídicas semelhantes, do que resultaram dois autos de infração: o AI nº 380214.0002/09-3 e o AI sob comento.

Aduz que no AI nº 380214.0002/09-3, envolvendo fatos semelhantes, a 1ª Junta do CONSEF decidiu pela nulidade do auto de infração na sua quase totalidade, tendo transcrito a ementa do referido julgamento.

Requer o mesmo desfecho para o presente processo, por entender que padece dos mesmos vícios do acima mencionado, envolvendo capitulação legal distinta da descrição fática, autuação elaborada de modo equivocado e, conseqüentemente, impossibilidade de saneamento nos autos do que fora feito irregularmente, sob pena de malferir os princípios da ampla defesa e do contraditório, amplamente defendidos nos processos administrativos fiscais.

Argumenta que o órgão julgador solicitou diligências ao mesmo auditor que realizou a fiscalização, o que no seu entender resultaria na manutenção idêntica da fiscalização e não refletiria os princípios da impessoalidade e da eficiência.

Com esses argumentos, reitera seu pedido de declaração da nulidade do auto de infração na sua totalidade, nos termos descritos na impugnação, sob o fundamento de cerceamento de defesa e a existência de créditos que a empresa apurou, já amplamente discutido.

Na Pauta Suplementar do dia 27/07/2010 o processo foi baixado em diligência, para que o autuante cumprisse as providências constantes no despacho à fl.1.667, quais sejam:

- a) partindo dos levantamentos refeitos por ocasião da informação fiscal, elaborasse demonstrativos, separadamente, contendo as notas fiscais cujos emitentes estejam situados em outras unidades da Federação e no Estado da Bahia;
- b) cumprida a providência anterior, elaborasse demonstrativo de débito, mensal, contendo apenas as notas fiscais oriundas dos Estados signatários do Protocolo nº 76/94, observando no período objeto da autuação os Estados que denunciaram ao referido acordo interestadual.
- c) esclarecesse porque após efetuar ajustes no levantamento fiscal, por ocasião da informação fiscal fls.1.271 a 1.283, elaborou o levantamento às fls. 1.284 a 1.445, com a redução do débito para a cifra de R\$ 113.673,40, e dando cumprimento ao despacho de diligência à fl.1.495 prestou informação à fl.1.497 anexando o levantamento às fls.1.498 a 1.656 com a alteração do débito para a cifra de R\$ 160.139,93. Utilizar para a providência do item “a” acima, o levantamento correto.

Conforme informação às fls.1.669 a 1.670, o autuante diz que cumprindo o pedido da 2ª JJF elaborou os respectivos demonstrativos, conforme CD anexado (fl.1.671). Justificou que o equívoco apurado na diligência à fl.1.497, cujo valor foi superior ao apurado no levantamento acostado na informação fiscal às fls.1.271 a 1.283, deu-se em razão do uso indevido do arquivo inicial ao invés do arquivo pós diligência, fato que diz ter corrigido nesta oportunidade.

Conclui que o valor do débito de infração 01 após a diligência passa a ser de R\$108.194,34, mantendo o débito das infrações 02 e 03, para os valores de R\$ 827,73 e R\$405,64, respectivamente.

O autuante encaminhou o processo à Coordenação de Cobrança para ser dada ciência ao autuado, observando que o CD anexado deve ser entregue ao contribuinte mediante assinatura de seu preposto em recibo específico.

À fl.1.672 consta uma intimação expedida pela Infaz Itabuna, reabrindo o prazo de defesa por trinta dias, com a entrega do CD acima citado, inclusive, consta também à fl.1.673, um recibo devidamente assinado referente a entrega do referido CD.

O sujeito passivo se manifesta às fls.1.677 a 1.678, onde ratifica sua defesa anterior, no sentido de sua ilegitimidade passiva para a substituição tributária em questão, por entender que outro contribuinte substituto é quem detém responsabilidade frente ao sujeito ativo do tributo. Ou seja, sustenta que uma vez instituída a substituição cessa o vínculo jurídico-tributário entre o

substituído e o sujeito ativo. Conclui solicitando a manutenção dos argumentos aduzidos em sua impugnação anterior.

VOTO

Preliminarmente, analisando a primeira preliminar de nulidade argüida pelo patrono do autuado, a pretexto de que falta clareza nas planilhas dos demonstrativos que instruem a autuação, por não indicar em cada coluna a que se referem os valores, observo que assiste razão ao defendente. Contudo, no curso do processo após a informação fiscal e a diligência realizada pelo autuante, esta questão ficou devidamente esclarecida, na medida em que o autuado recebeu na última diligência um CD contendo todo o cálculo do débito, no qual, conforme verificação que fiz, consta em cada coluna as informações necessárias para o entendimento de como foi apurada a base de cálculo, qual seja: coluna 1 – CNPJ; coluna 2 – EI; coluna 3 – data; coluna 4 – mês; coluna 5 – nota fiscal; coluna 6 – origem (UF); coluna 8 – alíquota; coluna 9 – total da NF; coluna 10 – base de cálculo da substituição; coluna 11 – base de cálculo reduzida; coluna 12 – base de cálculo após redução; coluna 13 – ICMS; coluna 14 – MVA; coluna 15 – antecipação tributária; e coluna 16 – situação tributária, sendo que na coluna está indicada a fórmula para a apuração do valor da antecipação tributária ($15. \text{Valor Antec Trib} = ((11. \text{BC após red} + (11. \text{BC após red} \times 14. \text{MVA}\%)) \times \text{alíquota interna}) - 13. \text{Crédito ICMS - GNRE interestadual}$).

Além disso, o autuante na informação fiscal prestou os devidos esclarecimentos, inclusive que foram acostadas autos cópias das notas fiscais que originaram o levantamento fiscal, permitindo ao sujeito passivo entender o real motivo da autuação e a origem dos valores lançados no auto de infração.

Quanto a alegação de que houve falta de igualdade no prazo para análise da conclusão fiscal, verifico que foi atendido o devido processo legal, pois na ciência da autuação foi concedido o prazo de 30 (trinta) dias, conforme previsto no artigo 39, inciso VII, do RPAF/99, e posteriormente após a informação fiscal e o cumprimento da diligência à fl.1.667, o contribuinte teve a concessão dos prazos de 10 dias e 30 trinta dias, respectivamente, para se manifestar nos autos, na forma regulamentar, conforme intimações às fls.1.449 e 1.672, respectivamente.

Desta forma, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante às fls17 a 203.

Os citados documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova da infração impugnada, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Com relação a jurisprudência do CONSEF citada na defesa, a partir do momento que restou comprovado que o lançamento não contém nenhum vício procedimental e que houve observância do devido processo legal, a ementa transcrita não se aplica ao presente caso.

Desse modo, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, e não havendo inobservância aos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, eis que, se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, fica rejeitada a preliminar de nulidade em relação à infração 01.

No mérito, observo que das três infrações contempladas no Auto de Infração, o sujeito passivo silenciou em relação às infrações 02 e 03, referente ao ICMS não recolhido, a título de diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo e fixo e ao consumo do

estabelecimento. Assim, considero procedentes os débitos nos valores de R\$827,73 e R\$405,64, respectivamente, porquanto não impugnados pelo sujeito passivo.

No tocante ao item 01, com débito inicialmente lançado no valor de R\$166.205,19, a infração imputada diz respeito a acusação recolhimento a menos do ICMS por substituição, referentes às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras Unidades da Federação e relacionados no artigo 353, II, “13”, do RICMS/97 e no Anexo 88 do RICMS/97.

O cálculo do débito encontra-se demonstrado às fls.17 a 203, através do Demonstrativo da Substituição, cujo imposto a recolher foi calculado sobre aquisições de medicamentos e produtos.

A exigência de antecipação do ICMS tem previsão no artigo 371 do RICMS/97, que determina que 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, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, nos prazos previstos no art. 125 do mesmo diploma regulamentar, ou seja, na entrada no território deste Estado, salvo se existir regime especial para o recolhimento até o dia 25 do mês subseqüente à entrada da mercadoria no estabelecimento.

Neste processo, trata-se de contribuinte que comercializa no ramo de produtos farmacêuticos, e o autuado em sua peça defensiva reconhece sua obrigação em recolher o tributo estadual pelo regime de substituição tributária, porém, impugnou a autuação com base nas seguintes alegações de que foram incluídas indevidamente no levantamento fiscal: a) notas fiscais de vendedores com inscrição na Bahia; b) notas fiscais com recolhimento através de GNRE; c) notas fiscais de empresas com inscrição na Bahia, além de apresentarem a GNRE; d) notas fiscais do próprio Estado da Bahia, e e) notas fiscais de outros Estados.

O autuante, por seu turno, por ocasião da informação fiscal acolheu alguns argumentos do autuado e refez o levantamento fiscal, conforme documentos às fls.1.271 a 1.449.

Apesar de o autuado, ao ser cientificado do levantamento feito, não ter apontado erro nos números, reiterando seus fundamentos quando a sua não obrigação como substituto tributário, registro que é correto o entendimento do autuado de foram computadas indevidamente aquisições junto a estados signatários do Conv. 76/94.

Para dirimir esta questão, o processo foi convertido em diligência para que o autuante, adotasse as providencias determinadas pelo órgão julgador através do despacho de fls.1.667 e 1.668, qual seja, fossem excluídas do levantamento fiscal feito as notas fiscais originárias dos estados que mantinham, à época dos fatos geradores, acordo interestadual, atribuindo ao remetente a condição de substituto tributário, bem como as notas fiscais contendo emitentes localizados no Estado da Bahia.

Conforme informação fiscal às fls.1.669 e 1670, o autuante partindo dos levantamentos feitos por ocasião da informação fiscal e constante às fls.1.284 a 1.445, elaborou demonstrativos, separadamente, contendo as notas fiscais cujos emitentes estão situados em outras unidades da Federação e no Estado da Bahia.

Além disso, foi elaborado demonstrativo de débito, mensal, contendo apenas as notas fiscais oriundas dos Estados signatários do Protocolo nº 76/94, observando no período objeto da autuação os Estados que denunciaram ao referido acordo interestadual, apurando um débito no total de R\$108.194,34.

O autuado foi cientificado (fl.1.672) com a entrega do CD (fl.1.671) contendo o levantamento feito, e ao se manifestar limitou-se a ratificar sua defesa anterior, no sentido de sua ilegitimidade passiva para a substituição tributária em questão, por entender que uma vez instituída a substituição cessa o vínculo jurídico-tributário entre o substituído e o sujeito ativo.

Não acolho esse argumento defensivo, pois a exigência de antecipação do ICMS tem previsão no artigo 371 do RICMS/97, que determina que 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, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, nos prazos previstos no art. 125 do mesmo diploma regulamentar, ou seja, na entrada no território deste Estado, salvo se existir regime especial para o recolhimento até o dia 25 do mês subseqüente à entrada da mercadoria no estabelecimento.

Desta forma, considerando que o autuante, a pedido do órgão julgador, excluiu do levantamento fiscal inicial as notas fiscais contendo os emitentes localizados no Estado da Bahia e as notas fiscais originárias dos Estados signatários do Convênio ICMS nº 76/94 (PB, SE, AL, ES, RJ, PE, PR, RS (parte do período)), mantendo apenas as notas das fiscais dos Estados que denunciaram ao referido acordo interestadual (SP, MG, DF, SC e RS (parte do período)), e considerando ainda que o autuado não apontou erros nos números no levantamento refeito no CD à fl.1.671, concluo que restou caracterizado o cometimento da infração imputada no item 01, subsistindo em parte a infração, em razão das exclusões feitas na diligência fiscal, ficando o débito reduzido para o valor de R\$ 108.194,34.

Sobre o pleito do autuado no sentido de que devem ser abatidos do valor do débito eventual os valores recolhidos pela empresa, ou seja, quanto aos créditos configurados no levantamento, comungo com o autuante no sentido que o pleito do contribuinte deve ser feito através de processo específico, conforme previsto no artigo 101 do RICMS/97.

No que tange às notas fiscais excluídas na revisão fiscal, conforme CD à fl.1.671, oriundas de Estados que são signatários do Convênio ICMS 76/94, em razão da ilegitimidade passiva do autuado, pois o recolhimento da antecipação tributária é de competência dos remetentes das mercadorias, represento a autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas a tais operações.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$109.427,71, ficando o demonstrativo de débito da infração 01 modificado conforme segue:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.to.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/01/2004	09/02/2004	22.887,06	17	60	3.890,80	1
28/02/2004	09/03/2004	4.765,82	17	60	810,19	1
31/03/2004	09/04/2004	32.933,82	17	60	5.598,75	1
30/04/2004	09/05/2004	8.517,29	17	60	1.447,94	1
31/05/2004	09/06/2004	8.246,59	17	60	1.401,92	1
30/06/2004	09/07/2004	1.914,71	17	60	325,50	1
31/07/2004	09/08/2004	8.785,41	17	60	1.493,52	1
31/08/2004	09/09/2004	10.382,76	17	60	1.765,07	1
30/09/2004	09/10/2004	18.512,41	17	60	3.147,11	1
31/10/2004	09/11/2004	714,06	17	60	121,39	1
30/11/2004	09/12/2004	5.837,00	17	60	992,29	1
31/12/2004	09/01/2005	8.577,71	17	60	1.458,21	1
31/01/2005	09/02/2005	19.023,82	17	60	3.234,05	1
28/02/2005	09/03/2005	2.466,88	17	60	419,37	1

ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

31/03/2005	09/04/2005	8.487,59	17	60	1.442,89	1
30/04/2005	09/05/2005	2.866,41	17	60	487,29	1
31/05/2005	09/06/2005	11.801,94	17	60	2.006,33	1
30/06/2005	09/07/2005	10.186,94	17	60	1.731,78	1
31/07/2005	09/08/2005	1.865,65	17	60	317,16	1
31/08/2005	09/09/2005	31.872,41	17	60	5.418,31	1
30/09/2005	09/10/2005	26.159,94	17	60	4.447,19	1
31/10/2005	09/11/2005	13.174,18	17	60	2.239,61	1
30/11/2005	09/12/2005	16.421,47	17	60	2.791,65	1
31/12/2005	09/01/2006	27.983,59	17	60	4.757,21	1
31/01/2006	09/02/2006	38.297,24	17	60	6.510,53	1
29/02/2006	09/03/2006	-	17	60	-	1
31/03/2006	09/04/2006	12.167,24	17	60	2.068,43	1
30/04/2006	09/05/2006	2.744,18	17	60	466,51	1
31/05/2006	09/06/2006	21.617,29	17	60	3.674,94	1
30/06/2006	09/07/2006	3.135,59	17	60	533,05	1
31/07/2006	09/08/2006	16.095,06	17	60	2.736,16	1
31/08/2006	09/09/2006	15.445,24	17	60	2.625,69	1
30/09/2006	09/10/2006	1.019,47	17	60	173,31	1
31/10/2006	09/11/2006	11.757,94	17	60	1.998,85	1
30/11/2006	09/12/2006	-	17	60	-	1
31/12/2006	09/01/2007	1.920,18	17	60	326,43	1
31/01/2007	09/02/2007	12.037,76	17	60	2.046,42	1
28/02/2007	09/03/2007	1.099,24	17	60	186,87	1
31/03/2007	09/04/2007	17.380,41	17	60	2.954,67	1
30/04/2007	09/05/2007	21.155,35	17	60	3.596,41	1
31/05/2007	09/06/2007	14.890,47	17	60	2.531,38	1
30/06/2007	09/07/2007	25.311,00	17	60	4.302,87	1
31/07/2007	09/08/2007	5.035,47	17	60	856,03	1
31/08/2007	09/09/2007	2.383,24	17	60	405,15	1
30/09/2007	09/10/2007	-	17	60	-	1
31/10/2007	09/11/2007	5.985,47	17	60	1.017,53	1
30/11/2007	09/12/2007	17.628,41	17	60	2.996,83	1
31/12/2007	09/01/2008	6.441,65	17	60	1.095,08	1
31/01/2008	09/02/2008	-	17	60	-	1
29/02/2008	09/03/2008	-	17	60	-	1
31/03/2008	09/04/2008	2.203,71	17	60	374,63	1
30/04/2008	09/05/2008	17.972,24	17	60	3.055,28	1
31/05/2008	09/06/2008	9.976,12	17	60	1.695,94	1
30/06/2008	09/07/2008	-	17	60	-	1
31/07/2008	09/08/2008	3.013,35	17	60	512,27	1
31/08/2008	09/09/2008	5.349,71	17	60	909,45	1
30/09/2008	09/10/2008	5.123,59	17	60	871,01	1
31/10/2008	09/11/2008	7.331,29	17	60	1.246,32	1

30/11/2008	09/12/2008	14.090,71	17	60	2.395,42	1
31/12/2008	09/01/2009	13.443,06	17	60	2.285,32	1
TOTAL					108.194,31	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **380214.0001/09-7**, lavrado contra **E. C. VELANES & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$109.427,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR