

A. I. N° - 269353.0300/12-4
AUTUADO - DISTRIFAR NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - SERGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 30/04/2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0030-05/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS; Demonstra o impugnante que recolheu parte do imposto reclamado. Infração parcialmente caracterizada; **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Os valores recolhidos pelo autuado, trazidos aos autos, são alvo da infração anterior, devidamente deduzido da mesma e não da presente exigência. Infração caracterizada. 3. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Demonstrada a exigência de intimações, bem como a falta da entrega de registros. Infração procedente. 4. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. RECOLHIMENTO A MENTOS. A autuada pede que *“sejam deduzidos os valores consignados no Auto de Infração nº 281332.0013/08-5, referentes ao mesmo período”*, sem indicar, contudo, quais valores seriam. O Exame do aludido auto, não encontra a exigência de ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios em questão. Infração caracterizada. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Não há o que se confundir a presente infração com extravio de documentos fiscais, infrações de natureza distintas, cabendo ao sujeito passivo demonstrar na imputação por extravio de documentos fiscais como resulta em dupla exigência, quais os documentos utilizados simultaneamente nas duas infrações que resultariam no alegado. O que não foi demonstrado. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/06/2012, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$1.794.540,99 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1– Extraviou documentos fiscais. Multa no valor de R\$4.600,00.

INFRAÇÃO 2 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 a 89. O ICMS com valor de R\$1.558.478,11. Art. 42, inciso II alínea “d”. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 a 89. O ICMS com valor de R\$53.730,98. Art. 42, inciso II alínea “d”. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 – Deixou de fornecer arquivo (s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$143.658;

INFRAÇÃO 5 – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. O ICMS com valor de R\$28.254,88. Multa de 50%.

INFRAÇÃO 6 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. O ICMS com valor de R\$5.816,62. Multa de 60%.

O sujeito passivo apresenta defesa, às fls. 1.248 a 1.257, afirmando que a Infração 1 trata da aplicação da multa formal pelo extravio das notas fiscais relativas às operações de compras de mercadorias, conforme demonstrado na planilha contida no Anexo I do PAF, no valor de R\$4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais). Com relação a esta infração, o requerente acata o montante reclamado, tendo em vista o efetivo extravio dos documentos apontados.

Com relação à Infração 2, entende que o autuante, erroneamente, alega que o requerente teria recolhido a menor o ICMS por antecipação de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, no montante de R\$1.558.478,11 (hum milhão quinhentos e cinquenta e oito mil e quatrocentos e setenta e oito reais e onze centavos), conforme consta no Anexo XII da peça autuatória.

Afirma ainda, que tal infração está completamente maculada por um grave erro de direito e de interpretação do autuante, capaz de elidir a pretensão do fisco, senão vejamos: Prevalecia à época do fato gerador (2007), a redação dada pelo Decreto nº 9.651/05, ao parágrafo único do artigo 3-A do Decreto nº 7799/00, que assim estabelecia: *“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 a aplicação do percentual de 21% (vinte e um por cento) sobre o valor da aquisição, neste incluído o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 3,9% (ter inteiros e nove décimos de por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial”.*

Assegura que a mencionada forma alternativa de apuração do imposto devido por antecipação tributária (aplicação do percentual de 21% sobre o valor de aquisição) teria como limitação única, a condicionante que o valor apurado não fosse inferior a 3,9% do preço máximo de venda a consumidor. Afirma que o digno autuante erroneamente entendeu que, sempre que o valor apurado fosse inferior ao já mencionado percentual de 3,9%, deveria ser aplicado o critério previsto no “caput” do art. 3º-A (redução de 10% + 18,53%, de forma que a carga fiscal corresponda a 12,15%), o que é totalmente falso, pois a única condicionante do dispositivo legal, é que o valor apurado não ultrapassasse o percentual de 3,9%, funcionando esse percentual como um limite ou até mesmo um gatilho estabelecendo o valor apurado, jamais podendo essa limitação ser confundida com uma exclusão de critérios para fins de apuração por esta sistemática, como parece ter entendido o autuante.

Outro ponto a ser observado, segundo a defesa, é que não foi levado em consideração pelo autuante, a inclusão no levantamento que integra o Auto de Infração as aquisições de mercadorias adquiridas para industrialização, ou seja, aquelas com o CFOP 2101 (compras para industrialização), que a rigor deveriam estar excluídas do levantamento, por não estarem sujeitas a antecipação tributária. Razão pela qual, pede a sua exclusão dessa infração 2.

Destaca também a falta do fornecimento ao autuado de cópia do documento utilizado pelo autuante para apuração do PMC, conforme consignado em seu levantamento, em um claro

descumprimento do devido processo legal, culminando em um inequívoco cerceamento de defesa capaz de macular de vício insanável a peça autuatória.

Ainda com referência a infração 2, salienta, e pede que seja considerado o recolhimento de R\$52.771,74, relativo ao período de 05/2007, erroneamente registrado no sistema da própria SEFAZ como 05/2006, ainda que pagamento houvesse sido feito em meados de 06/2007 (data do recolhimento correto para 05/2007), e não conste acréscimos moratórios significativos, sendo apenas relativos a poucos dias de recolhimento.

Assinala que, a partir destes elementos, foram elaborados novos demonstrativos de apuração de ICMS (Anexo I da Defesa), com os valores efetivamente devidos, conforme apresentado abaixo:

PERÍODO	ICMS APURADO	ICMS RECOLHIDO	DIFERENÇA APURADA
fev/07	86.595,52	150.046,10	63.450,58
mar/07	134.482,52	141.853,66	7.371,14
abr/07	31.428,83	60.919,68	29.490,85
mai/07	181.344,32	52.829,79	128.514,53
jun/07	31.470,77	30.252,05	1.218,72
jul/07	38.728,31		38.728,31
ago/07	38.564,23	48.951,45	10.387,22
set/07	54.808,72	36.406,72	18.402,00
out/07	23.625,72	59.079,75	35.454,03
nov/07	49.080,82	71.972,43	22.891,61
qadez/07	26.089,56		26.089,56
TOTAL DA DIFERENÇA DE ICMS A RECOLHER NO PERÍODO DE 2007			43.907,69

Com relação à infração 3, alega que o autuado teria deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e não lançadas no livro de Registro de Entradas de Mercadorias da empresa.

Consigna preliminarmente, pelo pedido da nulidade desta infração, haja vista, segundo a defesa, não existe qualquer comprovação lógica de que as aludidas mercadorias (e suas respectivas notas fiscais) foram realmente recebidas pelo autuado, haja vista que não consta a ciência do recebimento e nem cópia de qualquer canhoto assinado. Vale dizer que, em razão da forma em que foi obtida, poderiam tais documentos ter inclusive sido cancelados pelo suposto fornecedor, o que deduz sua fragilidade como elemento de prova e a sua incapacidade de caracterizar a infração.

Argumenta, ainda, que o autuante não deduziu da mesma os valores contidos no Auto de Infração nº 281332.0013/08-5, que trata da mesma irregularidade, e que contemplou nos meses de 05/2007 e 07/2007, os montantes de R\$21.298,61 e R\$29.885,37, respectivamente, e que, no mínimo, deveriam ter sido deduzidos do valor reclamado.

Em relação a infração 4, consigna que o requerente teria deixado de fornecer arquivo magnético, quando assim exigido mediante intimação. Alega que instruiu o PAF com intimação datada de 25/07/2011 (fl. 09 do PAF), tendo, então, apresentado nova intimação em 25/05/2012, solicitando mais uma vez a apresentação dos arquivos magnéticos.

A defesa solicita, de imediato, que a intimação de julho de 2011 seja desentranhada dos autos e desconsiderada para fins deste levantamento, uma vez que não integra esta ação fiscal, estando a mesma preclusa para todos os fins de direito, uma vez que refere-se a uma ação fiscal do período anterior.

Salienta também que o contribuinte, de fato, apresentou os arquivos magnéticos, senão vejamos a declaração do autuante: *"Ou seja, o contribuinte forneceu os arquivos magnéticos a que está obrigado no exercício de 2007, fora das especificações e requisitos..."*. Pela presente declaração, confirma que houve a entrega dos arquivos magnéticos no período fiscalizado, outrossim o autuante alega que o arquivo estaria fora das especificações, ou seja, conteria inconsistências, que poderiam ter sido corrigidas, isso se houvesse o imprescindível relatório de inconsistência, que deveria integrar a peça autuatória, e que jamais foi apresentado ao autuado.

Aduz assim, que a Infração 4 é nula, primeiramente por ausência de intimação válida, haja vista que uma intimação datada de 10 (dez) meses atrás, referente a uma ação fiscal anterior, poderia se prestar para uma nova ação fiscal e, consequentemente, uma nova Ordem de Serviço (vale dizer que a intimação aludida pelo autuante é anterior ao próprio Termo de Início da Ação Fiscal).

Entende ainda que a infração é nula por inexistência de um relatório de inconsistência e a sua respectiva intimação para regularização (30 dias, prorrogável por mais 30 dias a critério da Inspetoria Fazendária).

Com relação à infração 5, a defesa pede que sejam deduzidos os valores consignados no Auto de Infração nº 281332.0013/08-5, referente ao mesmo período.

Com relação à infração 6, afirma que há uma incoerência do autuante: a) primeiramente ele autuou o requerente por extravio das notas fiscais de entrada, b) em seguida promove o estorno dos créditos fiscais consignados nos livros próprios. Nesse caso, o autuante está sancionando duplamente uma mesma infração, o que é irregular, razão pela qual pede a nulidade desta infração.

Por fim, pede que o Auto de Infração nº 269353.0300/12-4, seja considerado parcialmente procedente, conforme elementos que integram esta peça defensória, especialmente em decorrência da equivocada caracterização do fato ilícito apontado, e, principalmente, por ser indevido, acarretando um claro e irrecuperável prejuízo para o Autuado.

Requer ainda, que a Procuradoria do Estado, através de seu representante neste Egrégio Conselho de Fazenda, se manifeste como “*custus legis*”, através de Parecer na forma do inciso I do artigo 118 do RPAF, no sentido de apurar a real interpretação da norma tributária que definiu o fato descrito no Auto de Infração impugnado.

A autuante apresenta informação fiscal às fls.1.260 a 1270 lembrando, inicialmente que o sujeito passivo, ao tratar da **Infração 1**, onde é aplicada multa em razão do extravio de documentos, a autuada acata o que é exigido.

Afirma que em relação à **Infração 2** a autuada sustenta que: “...tal infração está completamente maculada por um grave erro de direito e de interpretação do autuante, capaz de elidir a pretensão do fisco,...”. Continuando, diz que “...à época do fato gerador (2007), a redação dada pelo Decreto nº 9.651/05, ao parágrafo único do artigo 3-A do Decreto nº 7799/00,...”, reproduzindo apenas o parágrafo único do mencionado artigo 3-A.

Alinha que, interpretando o dispositivo legal citado acima, a autuada assevera que “...a mencionada forma alternativa de apuração do imposto devido por antecipação tributária (aplicação do percentual de 21% sobre o valor de aquisição), teria como limitação única, a condicionante que o valor apurado não fosse inferior a 3,9% do preço máximo de venda a consumidor.” Como bem diz a autuada, a utilização da **forma simplificada de apuração** “teria como limitação única, a condicionante que o valor apurado não fosse inferior a 3,9% do preço máximo de venda a consumidor.” Ou seja, caso **esta condição não seja satisfeita a forma simplificada de apuração** não poderá ser aplicada, devendo, então, o imposto ser apurado nos termos do *caput* do artigo 3-A do Decreto nº 7799/00. Foi desta forma que esta fiscalização apurou os valores devidos, considerando como condicionante para a utilização da **forma simplificada de apuração** que “o valor apurado não fosse inferior a 3,9% do preço máximo de venda a consumidor.” É o que podemos ver nas planilhas às fls. 24 a 138, onde estão as colunas:

- [**ICMS_ST (Red. 10,0% ou 28,53%)**] descrita como sendo, “Valor do ICMS Ant. Tributária, com redução da base de cálculo em 10%, Art.61-§2º-I do RICMS/BA, e em 18,53% nos termos do Art. 3º-A do Dec. 7799/2000”;
- [**ICMS_ST (Red.21,00% ou 16,0%)**] descrita como sendo, “Valor do ICMS Ant. Tributária, nos termos do Art. 3-A - Parágrafo único, do Dec. 7799/2000”.
- [**3,9% ou 3% do PMC**], descrita como sendo, “Valor para comparação do ICMS Ant. Tributária, nos termos do Art. 3-A - Parágrafo único, do Dec. 7799/2000.”

Continuando o combate à Infração 2 a autuada diz agora que “...o digno autuante erroneamente entendeu que, sempre que o valor apurado fosse inferior ao já mencionado percentual de 3,9%, deveria ser aplicado o critério previsto no “caput” do art. 3º - A (redução de 10% + 18,53%, de forma que a carga fiscal corresponda a 12,15%), o que é totalmente falso, pois a única condicionante do dispositivo legal, é que o valor apurado não ultrapassasse o percentual de 3,9%, funcionando esse percentual como um limite ou até mesmo um gatilho estabelecendo o valor apurado, jamais podendo essa limitação ser confundida com uma exclusão de critérios para fins de apuração por esta sistemática, como parece ter entendido o autuante”. Aqui a autuada faz uma enorme confusão, pois, além de esquecer o caput do artigo 3-A do Decreto nº 7.799/00, diz agora que quando da apuração pelo método simplificado em tela “a única condicionante do dispositivo legal, é que o valor apurado não ultrapassasse o percentual de 3,9%”, tornando, assim, extremamente difícil entender a sua argumentação. Buscando entender o que a autuada defende, afirma que foi até as planilhas constantes do Anexo 1 da sua peça defensiva. Ressaltando que a autuada não imprimiu tais planilhas, estando as mesmas em meio magnético, CD às fls. 1258. Verificou então, que a autuada tomou as planilhas apresentadas por esta fiscalização, fls. 24 a 138, e apurou o ICMS devido por antecipação tributária para cada MÊS da seguinte forma:

- Tomou a coluna [ICMS_ST (Red. 21,00% ou 16,0%)] e somou todos os valores dela constantes para cada MÊS de apuração;
- Tomou a coluna [3,9% ou 3% do PMC] e somou todos os valores dela constantes para cada MÊS de apuração;

Alude que, em seguida, a autuada escolheu o maior destes dois valores e o considera como sendo o valor devido para o mês. Como já dito anteriormente, a autuada em momento algum considerou a possibilidade de apuração dos valores devidos tomando por base, também, a forma prevista no caput do artigo 3-A do Decreto nº 7.799/00. (Cabe esclarecer que a soma dos valores da planilha da autuada, relativos ao mês de abril estão errados).

Procedendo desta forma, a autuada faz a apuração do ICMS devido por antecipação tributária, utilizando a forma simplificada prevista no parágrafo Único do art. 3-A do Decreto nº 7.799/00, de modo totalmente equivocado, senão vejamos. O citado dispositivo legal está posto no Decreto citado, conforme descrito abaixo:

“Art. 3º-A. Nas importações e nas aquisições interestaduais junto a estabelecimentos industriais e importadores, em relação às mercadorias por eles produzidas ou importadas, dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, efetuadas por distribuidora situada neste estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53% (dezoito inteiros e cinqüenta e três centésimos por cento), sem prejuízo da redução prevista no § 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, 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).

§ 1º 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 16% (dezesseis 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% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

§ 2º

Alinha que o caput do artigo acima nos informa que na apuração do ICMS devido por antecipação tributária a base de cálculo poderá ser reduzida em 18,53%, sem prejuízo da redução prevista no art. 61 do RICMS/BA. Em seguida, no parágrafo 1º, é oferecido ao contribuinte a opção de apurar o ICMS devido de forma simplificada. Diz este parágrafo que o imposto será apurado “mediante aplicação do percentual de 16% (dezesseis por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente”, estabelecendo então, que tal forma simplificada de apuração será utilizada desde que “o valor apurado não seja inferior a 3% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.” Pesquisando o que seja a expressão DESDE QUE, encontramos em

<http://educacao.uol.com.br/portugues/conjuncao-e-mas-ou-logo-pois-que-como-porque.htm> que a mesma é, conjunção subordinativa condicional. Em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Conjun%C3%A7%C3%A3o> esta posto que se, caso, quando, contanto que, salvo se, sem que, dado que, desde que, a menos que, etc., sendo conjunções subordinativas condicionais, “*Iniciam uma oração subordinada em que se indica uma hipótese ou uma condição necessária para que seja realizado ou não o fato principal.*” No livro Gramática Contemporânea da Língua Portuguesa, de José de Nicola e Ulisses Infante, editora Scipione, ficamos sabendo que “*As orações subordinativas adverbiais condicionais exprimem uma condição necessária para que se realize ou se deixe de realizar o fato contido na oração principal.*”, informando ainda que, dentre outras, DESDE QUE é conjunção subordinativa condicional. Do mesmo modo, encontramos na página 325 do livro Gramática Houaiss da Língua Portuguesa, de João Carlos de Azeredo, editora Publifolha, o seguinte: “*Os conectivos desde que, contanto que, com a condição (de) que são de uso formal e, embora não tenham a variedade de sentidos expressa por se, possuem um valor condicional contundente e impositivo.*”

Complementa que a conjunção subordinativa condicional DESDE QUE, condiciona de modo contundente a utilização da forma simplificada de apuração, impondo que a mesma somente poderá ser utilizada se o valor apurado não for inferior a 3% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor (PMC) sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Portanto, será admitida a apuração do ICMS devido por antecipação através da forma simplificada apenas se tal valor for superior a 3% do PMC, caso contrário, deverá o imposto ser apurado na forma do caput do art. 3-A do Decreto nº 7.799/00. Vemos então, que o modo simplificado de apuração poderá ser utilizado, “*DESDE QUE o valor apurado não seja inferior a 3% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor*”, contrariando o que pensa o contribuinte. É o que determina o parágrafo 1º do art. 3-A do Decreto nº 7.799/00. Sendo assim, caso o valor do ICMS devido por antecipação tributária apurado pela forma simplificada seja inferior a 3% do PMC, o valor a recolher será aquele apurado conforme o caput do art. 3-A, como dito anteriormente. É o que foi feito no presente Auto de Infração, conforme pode ser visto nas planilhas às fls. 24 a 138. Não poderia ter sido outra a conduta desta fiscalização, eis que a interpretação de Norma que trate de isenção deve ser literal, conforme determina o art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN. No caso em tela temos uma redução de base de cálculo, que equivale à isenção, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 174.478-SP, em 17/03/05.

Corroborando o entendimento manifestado por esta fiscalização quanto ao significado da expressão DESDE QUE, vejamos o que diz o mesmo Decreto nº 7.799/00 em seu art. 1º:

“Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);

.....
IV - 50% (cinqüenta por cento), tratando-se de contribuinte cuja receita do exercício anterior seja superior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).”

Entende que a leitura deste artigo mostra que poderão ter direito ao benefício da redução da base de cálculo apenas os contribuintes inscritos sob os códigos de atividade que indica. Mostra também, que o simples fato de estar inscrito sob um dos códigos de atividade citados ainda não autoriza o uso do benefício. Para a fruição do benefício em tela é exigido o atendimento de uma condição, expressa através da conjunção condicional DESDE QUE, estabelecida nos incisos I a IV do caput do artigo ora discutido. Ou seja, se determinado contribuinte, que chamaremos contribuinte A, esta inscrito no CAD-ICMS sob um dos códigos de atividade econômica constante

do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, tem faturamento de R\$45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais) e destes apenas R\$27.000.000,00 (vinte e sete milhões de reais), que correspondem a 60,0% do dito faturamento, se referirem a vendas a contribuintes do ICMS, o dito contribuinte A não terá direito ao benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 1º do multicitado Decreto, desde que deixou de atender a condição estabelecida no seu inciso I.

Consigna que, ciente da fragilidade de sua argumentação até aqui posta, a autuada continua atacando a Infração 2. Aqui a defesa alega que não deveriam integrar “*o Auto de Infração as aquisições de mercadorias adquiridas para industrialização, ou seja, aquelas com o CFOP 2101 (compras para industrialização)*”, pedindo a exclusão destas operações do cálculo dos valores devidos por antecipação tributária. Inicialmente, cabe esclarecer que a autuada sempre teve por atividade econômica o Comércio Atacadista de Medicamentos de Uso Humano, nunca tendo exercido a atividade de indústria. Lembra, ainda, que a infração ora discutida exige o ICMS devido por antecipação tributária recolhido a menor, quando da aquisição, em outras unidades da Federação, de mercadorias relacionadas no Anexo Único do Convênio ICMS 76/94, que nos informa que deverão ter o ICMS recolhido antecipadamente “*os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH*”. Ora, ao consultarmos as planilhas, fls. 24 a 138, onde é apurado o valor do ICMS devido por antecipação tributária, constata-se facilmente que os produtos ali elencados são medicamentos e demais produtos que estão abrigados no Anexo Único do Convênio em tela. Podemos citar como exemplo os produtos:

-VALERIMED 50MG CX C/20 COMP, AMOXIMED 250MG/5ML 150ML, AZIMED 500MG CX C/3 CAPS, BACTROPIN COMP CX 20 CPS, NEVRALGEX CX C/10X10CP, fabricados pelo laboratório CIMED IND. DE MEDICAMENTOS LTDA., registrado sob o CNPJ 2.814.497.000.298, que tem código de atividade econômica 21.21-1-01 descrito como *Fabricação de medicamentos alopaticos para uso humano*;

-AMOXICAP SUS 125MG FR C/45ML (AMOXICILINA), CAPTOCORD COM 25MG CX C/30 (CAPTOPRIL), CIPROFLOXATRIN COM REV 500MG C/14, PIROXAM CAP 10MG CX C/15 (PIROXCAM), fabricados pelo laboratório GLOBO LTDA., registrado sob o CNPJ 17.115.437.000.173, que tem código de atividade econômica 21.21-1-01 descrito como *Fabricação de medicamentos alopaticos para uso humano*;

-BELSPAN COMPOSTO GOTAS 20ML, BETACORTAZOL CR 30G, COLPADAK CREME DERM BG C/28 G, FLAGIMAX GEL 100MG/G BG C/50G, SULFERBEL XPE FR C/100ML, fabricados pelo laboratório BELFAR LTDA., registrado sob o CNPJ 18.324.343.000.177, que tem código de atividade econômica 21.21-1-01 descrito como *Fabricação de medicamentos alopaticos para uso humano*;

-BISPECT XPE ADL 120ML, MUCOCETIL XPE 100ML, HEMOFLEB POM 50G, PERIDONA 10MG 20CPR, PERIDONA SUS 1IMG/ML, TIABIOSE CRM 45G, fabricados pelo laboratório UCI FARMA INDÚSTRIA FARMACÉUTICA LTDA., registrado sob o CNPJ 48.396.378.000.18, que tem código de atividade econômica 21.21-1-01 descrito como *Fabricação de medicamentos alopaticos para uso humano*;

-AMLOVASC 10MG CP C/20, AMOXINA 250MG SUSP C/60ML, ANATRIT 20MG CAPS C/12, ATENOPRESS 25MG CP REVES C/28, CAPTOTEC 25MG CP C/28, CETOHESAL 200MG CP C/10, CIPROBIOT 250MG CP REV C/6, MOVACOX 15MG CP C/10, PANTOPAZ 40MG CP REVES C/7, fabricados pelo laboratório SANDOZ DO BRASIL INDUSTRIA FARMACÉUTICA LTDA., registrado sob o CNPJ 61.286.647.000.116, que tem código de atividade econômica 21.21-1-01 descrito como *Fabricação de medicamentos alopaticos para uso humano*.

Alude que, dos exemplos acima, constata-se, ainda, que todos os fornecedores para cujas operações consta o CFOP 2101 são fabricantes de medicamentos de uso humano, e não fornecedores de insumos para industrialização.

Além de tudo, continua o autuante, consultando o livro de Registro de Entradas da autuada, fls. 1.152 a 1.217, pode constatar que não existe qualquer operação abrigada sob o CFOP 2101. Na verdade, a inclusão do CFOP em tela nas planilhas às fls. 24 a 138 ocorreu por um equívoco desta fiscalização e não interfere no regime de tributação das mercadorias, sendo, neste caso, informação adicional. Sendo assim, restou provado que todos os produtos constantes das planilhas retro citadas estão abrigados no Convênio ICMS 76/94 e, portanto, sujeitos à antecipação do imposto, não podendo esta fiscalização acatar a pretensão da autuada de excluir tais produtos das planilhas de apuração da antecipação tributária.

Ainda tratando da Infração 2, e não convencida da veracidade de suas alegações, a autuada alega cerceamento do direito de defesa. Diz que não lhe foi entregue “cópia do documento utilizado pelo autuante para apuração do PMC”. Cabe esclarecer à autuada que o Preço Máximo de Venda ao Consumidor – PMC utilizado por esta fiscalização consta das Notas Fiscais, fls. 163 a 1.122, que embasaram o lançamento ora contestado. Ademais, o Preço Máximo de Venda ao Consumidor – PMC é regularmente publicado na revista da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – ABCFARMA, não sendo razoável a autuada alegar desconhecer tal publicação. Portanto, totalmente descabida a alegação de cerceamento do direito de defesa.

Aduz que, na certeza da falta de solidez de suas alegações, a autuada continua atacando a Infração 2. Agora, pede “que seja considerado o recolhimento de R\$52.771,74, relativo ao período de 05/2007, erroneamente registrado no sistema da própria SEFAZ como 05/2006, ...”. Deixa, porém, de informar qual o código da receita deste recolhimento, bem como deixa de acostar qualquer prova documental que suporte a alegação. Consultando o sistema de Informações do Contribuinte – INC, da SEFAZ/BA, fls. 157, constatou a existência do recolhimento acima referido sob o código de receita 1145 tendo como período de referência o mês de maio do exercício de 2006. A aceitação deste recolhimento como sendo relativo ao mês de maio do exercício de 2007 só poderia acontecer mediante a apresentação pela autuada de documentos que comprovassem tal alegação. Como já dito anteriormente, a autuada não apresentou qualquer documentação que suporte o que alega. Deste modo, fica esta fiscalização impossibilitada de acatar o que pede a defesa. Finalizando sua argumentação, a autuada nos apresenta uma tabela, construída com base nas alegações que apresentou, indicando os valores que considera serem por ela devidos. Como bem demonstrou esta fiscalização, os argumentos apresentados pela autuada no combate à Infração 2 carecem de fundamentos que os sustentem. Desta forma, só nos resta, afirma o autuante, até o presente momento, manter a Infração ora combatida em seus exatos termos.

Quanto à Infração 3 relata que exige o ICMS devido por Antecipação Tributária, referente às aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, relacionadas no Art. 353 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, no exercício de 2007. Esta apuração foi feita para as Notas Fiscais de aquisição de mercadorias não apresentadas pelo contribuinte a esta fiscalização e não lançadas no seu livro de Registro de Entradas. Para tanto, foram utilizadas a via do Fisco dos documentos fiscais destinados ao contribuinte colhidas nos Postos Fiscais da SEFAZ/BA, fls. 162 a 532, bem como cópia de Notas Fiscais de venda colhidas junto a seus fornecedores, fls. 533 a 1122. A autuada pede, preliminarmente, “a sua NULIDADE, haja vista não existir qualquer comprovação lógica de que as aludidas mercadorias (e suas respectivas notas fiscais) foram realmente recebidas pelo autuado, haja vista que não consta a ciência do recebimento e nem cópia de qualquer canhoto assinado”. Como já dito acima, aduz o autuante, as vias dos documentos fiscais aqui utilizados foram colhidos nos Postos Fiscais da SEFAZ/BA e junto a fornecedores do contribuinte. Inclusive, no Anexo XI, fls. 533 a 1122, além da cópia das Notas Fiscais, os fornecedores da autuada confirmam as operações de venda mediante ofícios, como podemos ver às fls. 534, 545, 547 e 631, por exemplo. No Anexo retro citado estão, também, os envelopes utilizados pelos fornecedores da autuada para encaminhar para esta fiscalização os documentos fiscais solicitados. Portanto, inadmissível a alegação da autuada de que não adquiriu as mercadorias constantes das planilhas do Anexo IV.

Considera que o autuado, estando certa da fragilidade dos argumentos acima postos, segue combatendo a Infração 3. Alega que “o autuante não deduziu da mesma os valores contidos no Auto de Infração nº 281332.0013/08-5, que trata da mesma irregularidade, e que contemplou nos meses de 05/2007 e 07/2007, os montantes de R\$21.298,61 e R\$29.885,37, respectivamente, e que, no mínimo, deveriam ter sido deduzidos do valor reclamado.”. Aqui, a autuada joga por terra toda a sua argumentação anteriormente posta, admitindo que realmente realizou as operações de compra de mercadorias constantes das planilhas de apuração do Anexo IV, apesar de não tê-las escrutado no livro de Registro de Entradas. Consultando os sistemas da SEFAZ/BA, constatamos a existência do Auto de Infração nº 2813320013/08-5 e dos valores alegados de R\$21.298,61 e R\$29.885,37, que foram cobrados em razão da falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária declarado pela autuada na Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA. Ora, se a autuada

declarou tais valores, os mesmos só podem referir-se às operações que a mesma escriturou no livro de Registro de Entradas, de modo que a apropriação dos mesmos deve ser feita para os valores recolhidos a menor apurados na Infração 2. Sendo assim, mantemos a Infração 3 em sua íntegra.

Alinha que, diante da argumentação da autuada relativamente aos valores constantes do Auto de Infração nº 2813320013/08-5, volta neste ponto a tratar da Infração 2. Como dito anteriormente, comprova a veracidade das alegações da autuada quanto ao lançamento e recolhimento dos montantes de R\$21.298,61 e R\$29.885,37, relativos aos meses de maio/2007 e julho/2007, respectivamente, sendo estes valores relativos a ICMS devido por Antecipação Tributária constantes da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA apresentadas pela autuada e que não foram recolhidos tempestivamente. Repetindo o que já disse, os valores citados só podem referir-se às operações que a autuada escriturou no livro de Registro de Entradas, de modo que a apropriação dos mesmos deve ser feita para os valores recolhidos a menor apurados na Infração 2. Sendo assim, na Infração 2 teremos as seguintes modificações:

- *Mês de maio - o valor recolhido originalmente apurado como sendo R\$ 267.174,95 será reduzido em R\$ 21.298,61, passando a ser então R\$ 245.876,34;*
- *Mês de julho - o valor recolhido originalmente apurado como sendo R\$ 237.461,49 será reduzido em R\$ 29.885,37, passando a ser então R\$ 207.576,12.*

Conclui que ficam mantidos por esta fiscalização os demais lançamentos constantes da Infração 2.

Aduz que a Infração 4 cobra multa em razão da falta de entrega dos arquivos magnéticos SINTEGRA. A autuada, tendo por atividade econômica o comércio atacadista, esta obrigada a entregar os ditos arquivos contendo os Registros 50, 54, 74 e 75 conforme exige o Convênio ICMS 57/95. A entrega dos arquivos em tela fora das especificações e requisitos previstos no citado Convênio configura, nos termos do Art. 708-B -§6 do RICMS/BA vigente quando da ocorrência, o não fornecimento dos mesmos. Fato, é que a autuada entregou os ditos arquivos faltando os registros citados, conforme pode ser visto no relatório Análise dos arquivos magnéticos SINTEGRA (Quantidade de registros informados por mês/ano), emitido pelo sistema SCAM da SEFAZ/BA, às fls. 14.

Consigna que, conforme informado no corpo do Auto de Infração, fls. 03, a autuada foi intimada em 25/07/2011 a entregar os arquivos em tela com os registros a que esta obrigada, não o fez. Então, foi novamente intimada a fazê-lo em 25/05/2012. Como antes, a autuada deixou de atender à intimação para entrega dos arquivos magnéticos contendo os multicitados registros, cabendo ressaltar que nas intimações citadas, fls. 09 a 37, foi-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias. Portanto, conclui que fica demonstrado que a autuada teve tempo suficiente para entregar os arquivos magnéticos contendo as especificações e requisitos constantes do Convênio ICMS 57/95. Em sua argumentação, a autuada pede que a “*a intimação de julho de 2011 seja desentranhada dos autos e desconsiderada*”. Não vemos razão para tanto, eis que esta intimação vem mostrar de forma cristalina o descaso da autuada quanto ao cumprimento de suas obrigações para com o fisco. Mais adiante, a autuada diz que esta fiscalização deixou de apresentar-lhe relatório indicando a falta de entrega dos Registros nºs 50, 54, 74 e 75.

Aponta que, conforme já mostrado anteriormente, se pode ver, à fl. 14, que tal afirmativa não se sustenta, eis que de forma cristalina é informado no relatório Análise dos arquivos magnéticos SINTEGRA (Quantidade de registros informados por mês/ano), emitido pelo sistema SCAM da SEFAZ/BA, que o contribuinte deixou de entregar os Registros nºs 50, 54, 74 e 75. Seguindo, a autuada diz que a “*Infração 4 é NULA, primeiramente por ausência de intimação válida, haja vista que uma intimação datada de 10 (dez) meses atrás referente a uma ação fiscal anterior, poderia se prestar para uma nova ação fiscal e, consequentemente*”. Difícil entender o que a autuada quis dizer. Em todo caso, repetimos, além da intimação datada de 25/07/2011 temos também aquela datada de 25/05/2012.

Relata que finalizando seu combate à Infração 4 a autuada diz que “*a infração é NULA por inexistência de um relatório de inconsistência e a sua respectiva intimação para regularização*” Repete que a autuada deixou de verificar, às fls.14, o relatório Análise dos arquivos magnéticos SINTEGRA (Quantidade de registros informados por mês/ano). Do exposto, resta provado que a autuada foi regularmente intimada a fornecer os arquivos magnéticos SINTEGRA conforme exige a legislação pertinente e não o fez, de sorte que mantemos a Infração 04 em sua íntegra.

A Infração 5 exige o ICMS não recolhido no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Afirma que a autuada pede que “*sejam deduzidos os valores consignados no Auto de Infração nº 281332.0013/08-5, referente ao mesmo período*”, sem indicar, contudo, quais valores seriam. Consultando o Auto de Infração citado não encontra a exigência de ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Sendo assim, afirma não poder acatar a alegação da autuada.

A Infração 6 apurou que a autuada utilizou indevidamente crédito fiscal, eis que deixou de apresentar os documentos que comprovem o lançamento dos mesmos. Relata que a autuada pede a nulidade desta infração alegando que “*o autuante está sancionando duplamente uma mesma infração, o que é irregular, razão pela qual pedimos a NULIDADE desta infração*”, uma vez que: “*a) primeiramente ele autuou o requerente por extravio das notas fiscais de entrada, b) em seguida promove o estorno dos créditos fiscais consignados nos livros próprios.*”

Argumenta que, mais uma vez, a autuada lança argumentação carente de solidez. Ora, constitui infração à legislação que rege o ICMS o extravio de documentos fiscais, sendo infração diversa o lançamento de crédito no livro de Registro de Entradas sem a apresentação dos documentos que os suportem. Portanto, mantém a infração em tela em sua íntegra.

Conclui pela redução dos valores lançados na Infração 2 nos meses de maio e julho conforme descrito às fls. 1.268 desta Informação Fiscal, pedindo, sejam os demais lançamentos julgados procedentes.

Manifestação do contribuinte, às fls. 1276 a 1283, afirma que, esgotadas as considerações acerca da Infração 1 na peça inicial, destaca a presente manifestação sobre demais infrações.

Em relação à infração 2, com referência ao entendimento apresentado pelo fiscal autuante, afirma que a sua equivocada acepção com relação à expressão semântica “desde que” norteou todo o seu levantamento, resultando no erro indicado pelo contribuinte na sua peça defensória.

Argumenta que é inquestionável que livros de gramática e dicionários não são os instrumentos mais indicados para se levar em consideração na hora da interpretação de um texto de lei e considerar a expressão “desde que” como cláusula exclusiva, e não uma condicionante de fruição é um verdadeiro atentado à semântica jurídica.

Assegura ainda que ao afirmar que a expressão “desde que” utilizada no § 1º do artigo 3º-A do Decreto nº 7799/00, descarta a possibilidade de se utilizar à forma simplificada de cálculo da antecipação tributária nas aquisições de medicamentos, sempre que o valor resultante seja inferior a 3,9% ou 3,0% do PMC (conforme o período), demonstra o quanto o autuante está equivocado.

Salienta que é notório, sempre que o valor apurado no cálculo da antecipação tributária for inferior aos percentuais acima, a expressão “desde que” funcionava como um limitador, impedindo que fosse utilizado um valor inferior a 3,9% ou 3,0% do PMC (conforme o período). Nesse caso, a expressão “desde que” funcionava como um limitador e não de forma a excluir a utilização dessa hipótese legalmente prevista no dispositivo mencionado (§ 1º do artigo 3º-A do Decreto nº 7799/00).

Assegura que somente essa observação, por si só, bastaria para que fosse declarada a improcedência do absurdo pleito do autuante, não obstante, a utilização no cálculo dos valores relativos às diferenças do ICMS antecipado apresentados no próprio Auto de Infração incluírem a aquisição de mercadorias cujo CFOP indicarem como o seu destino à industrialização, o que jamais poderia ser desconsiderado pelo autuante, sem que apresentasse elementos

comprobatórios de suas presunções - há de se observar que o levantamento fiscal descarta a análise de qualquer documento de saída do contribuinte.

Coaduna ainda, que não se esgota apenas nessas considerações aventadas pelo autuante, mas, sobretudo, em um relevante vício técnico, já que o preposto fazendário deixou de encaminhar com a lavratura do Auto de Infração um documento formal (fonte), em que estivesse, registrado os valores, por ele aventados, como correspondentes aos PMCs das diversas mercadorias. O que implica na nulidade absoluta dessa infração por descumprimento do devido processo legal e limitação ao princípio da ampla defesa.

Ademais, assinala que a falta da cópia de todos os documentos anexados aos autos e coletados junto a terceiros, a exemplo das notas fiscais obtidas junto a fornecedores, impõe a real necessidade de que os valores relativos às notas fiscais, cujas cópias não integram o Auto de Infração, sejam devidamente estornados.

A este respeito, ratifica pelo acatamento do demonstrativo que integrou a peça defensória inicial, já com as modificações procedidas:

PERÍODO	ICMS APURADO	ICMS RECOLHIDO	DIFERENÇA APURADA
fev/07	86.595,52	150.046,10	63.450,58
mar/07	134.482,52	141.853,66	7.371,14
abr/07	31.428,83	60.919,68	29.490,85
mai/07	181.344,32	52.829,79	128.514,53
jun/07	31.470,77	30.252,05	1.218,72
jul/07	38.728,31		38.728,31
ago/07	38.564,23	48.951,45	10.387,22
set/07	54.808,72	36.406,72	18.402,00
out/07	23.625,72	59.079,75	35.454,03
nov/07	49.080,82	71.972,43	22.891,61
dez/07	26.089,56		26.089,56
TOTAL DA DIFERENÇA DE ICMS A RECOLHER NO PERÍODO DE 2007			43.907,69

Em relação à Infração 3, ratifica que descabe a presente infração, em razão de não existir qualquer comprovação lógica de que as aludidas mercadorias constantes na Infração 3 (e suas respectivas notas fiscais) foram realmente recebidas pelo autuado, haja vista que não consta a ciência do recebimento e nem cópia de qualquer canhoto assinado, o que, por si só, impõe o reconhecimento de sua nulidade por este CONSEF, especialmente diante da real possibilidade de que grande número dos documentos relacionados poderem ter sido, inclusive, cancelados pelo eventual fornecedor, o que deduz a fragilidade do documento, meramente coletado por meio eletrônico, como elemento de prova e a sua incapacidade de caracterizar a infração. Ademais, entende que os valores contidos no Auto de Infração nº 281332.0013/08-5, que trata da mesma irregularidade, e que contemplou nos meses de 05/2007 e 07/2007, os montantes de R\$21.298,61 e R\$29.885,37, respectivamente, não foram deduzidos do PAF em análise, o que implica em nossa solicitação por essa providencia.

Com relação à Infração 4, alega que o autuante de que o requerente teria deixado de fornecer arquivo magnético, quando assim exigido mediante intimação. Alega ainda, que instruiu o PAF com intimação datada de 25/07/2011 (fl. 09 do PAF), tendo, então, apresentado nova intimação em 25/05/2012, solicitando mais uma vez a apresentação dos arquivos magnéticos.

Alude que, tendo o autuado, tempestivamente, apresentado os arquivos magnéticos, porém com inconsistências técnicas, senão como demonstra a declaração do próprio autuante: *"Ou seja, o contribuinte forneceu os arquivos magnéticos a que está obrigado no exercício de 2007, fora das especificações e requisitos..."*. Pela presente declaração, confirmamos que houve a entrega dos arquivos magnéticos no período fiscalizado, outrossim, o autuante alega que o arquivo estaria fora das especificações, ou seja, conteria inconsistências, que poderiam ter sido corrigidas, isso se houvesse o imprescindível relatório de inconsistência, que deveria integrar a peça autuatória, e que jamais foi apresentado ao autuado.

Assim, consigna que o entendimento de que a Infração 4 é nula: primeiramente, por ausência de intimação válida, haja vista que uma intimação datada de 10 (dez) meses atrás, referente a uma ação fiscal anterior, poderia se prestar para uma nova ação fiscal e, consequentemente, uma nova Ordem de Serviço (vale dizer que a intimação aludida pelo autuante é anterior ao próprio Termo de Início da Ação Fiscal).

Em seguida, afirma que a infração é nula por inexistência de um relatório de inconsistência e a sua respectiva intimação para regularização (30 dias, prorrogável por mais 30 dias a critério da Inspetoria Fazendária).

Com relação à Infração 5, pede que sejam deduzidos os valores consignados no Auto de Infração nº 281332.0013/08-5, referente ao mesmo período.

Na Infração 6, aduz que o autuante primeiramente autuou o requerente por extravio das notas fiscais de entrada, para, em seguida, promover o estorno dos créditos fiscais consignados nos livros próprios, sancionando duplamente um mesmo fato, o que impõe a nulidade do procedimento autuatório autuante.

Ante o exposto, pede que Auto de Infração nº 269353.0300/12-4, seja considerado parcialmente procedente, conforme elementos que integram esta peça defensória, especialmente em decorrência da equivocada de caracterização do fato ilícito apontado, e, principalmente, por ser indevido, acarretando um claro e irrecuperável prejuízo para o Autuado.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 6 Infrações, tanto por descumprimento de obrigação principal como acessória, devidamente já relatadas.

Cabe, de forma preliminar, apreciar as arguições de nulidades apresentadas pelo impugnante. Quanto a *“Infração 4 considera nula por ausência de intimação válida, haja vista que uma intimação datada de 10 (dez) meses atrás referente a uma ação fiscal anterior, poderia se prestar para uma nova ação fiscal e, consequentemente”*. Verifico que o sujeito passivo foi intimado em 25/07/2011, além de nova intimação realizada em 25/05/2012. Tais intimações concedem, contudo, prazo ao sujeito passivo maior do que os previstos em ato normativo, conforme será melhor analisado no mérito.

Continua o sujeito passivo afirmando que a Infração 4 é nula por inexistência de um relatório de inconsistência e a sua respectiva intimação para regularização. Consta, contudo, às fls.14, o relatório Análise dos arquivos magnéticos SINTEGRA (Quantidade de registros informados por mês/ano). Cabe destacar que o sujeito passivo foi autuado por falta de entrega dos registros apontados pela fiscalização e não por inconsistência, ou seja, dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

Quanto às demais arguições de nulidades serão apreciadas no momento do exame das questões de mérito, uma vez que, estão entrelaçadas ou mesmo são, exclusivamente, meritórias, como é o caso das arguições alinhadas para a Infração 6.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, inclusive a necessidade de parecer da Procuradoria, pois as questões de direito são de amplo conhecimento dos julgadores.

Verifico, inicialmente, que o sujeito passivo reconhece a procedência da Infração 1, que trata da aplicação da multa formal pelo extravio das notas fiscais relativas às operações de compras de mercadorias, conforme demonstrado na planilha contida no Anexo I do PAF, no valor de R\$4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais), cabendo a sua caracterização, uma vez que foi imputada atendendo ao devido processo legal.

Em relação à Infração 2 o sujeito passivo sustenta que erra o autuante em sua forma de apuração do imposto antecipado. Continuando, diz que “...à época do fato gerador (2007), a redação dada pelo Decreto nº 9.651/05, ao parágrafo único do artigo 3-A do Decreto nº 7.799/00, ...”. que assim estabelecia: “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 a aplicação do percentual de 21% (vinte e um por cento) sobre o valor da aquisição, neste incluído o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 3,9% (ter inteiros e nove décimos de por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial”.

A autuada entende que “...a mencionada forma alternativa de apuração do imposto devido por antecipação tributária (aplicação do percentual de 21% sobre o valor de aquisição), teria como limitação única, a condicionante que o valor apurado não fosse inferior a 3,9% do preço máximo de venda a consumidor.” Entende que recolhendo como se o valor apurado fosse 3,9% do PMC estaria atendendo ao regularmente disposto.

Constatou que a utilização da forma simplificada de apuração realmente “teria como limitação única, a condicionante que o valor apurado não fosse inferior a 3,9% do preço máximo de venda a consumidor.” Cabe razão ao autuante, pois o entendimento do aludido dispositivo é que: caso esta condição não fosse satisfeita, ou seja, o valor apurado fosse inferior a 3,9% do preço máximo de venda a consumidor, a forma simplificada de apuração não poderia ser aplicada, devendo o imposto antecipado ser apurado nos termos do caput do artigo 3-A do Decreto nº 7.799/00.

O autuante aplicou corretamente a condição, acima alinhada, quando o valor apurado foi inferior a 3,9% do preço máximo a consumidor, não utilizou a forma simplificada de apuração, aplicando a forma de apuração prevista no caput do artigo 3-A do Decreto nº 7.799/00, conforme exemplo que alinhou em sua informação fiscal, extraído de suas planilhas constantes às fls. 24 a 138 dos autos.

Quanto à arguição do sujeito passivo de que “...o digno autuante erroneamente entendeu que, sempre que o valor apurado fosse inferior ao já mencionado percentual de 3,9%, deveria ser aplicado o critério previsto no “caput” do art. 3º - A (redução de 10% + 18,53%, de forma que a carga fiscal corresponda a 12,15%)”, mais uma vez o autuante acerta em sua informação fiscal e nos valores apurados, pois, diferente do alinhado pelo impugnante, realmente a única condicionante do dispositivo legal para aplicar o regime simplificado, é que o valor apurado não fosse inferior ao percentual de 3,9% do PMC, ultrapassado esse valor o cálculo é conforme o caput do art. 3-A do aludido decreto.

Através do CD, às fls. 1258, e planilhas efetuadas pelo impugnante, o autuante verificou que a autuada tomou as planilhas apresentadas pela fiscalização, fls. 24 a 138, e apurou o ICMS devido por antecipação tributária para cada MÊS da seguinte forma:

-Tomou a coluna [ICMS_ST (Red.21,00% ou 16,0%)] e somou todos os valores dela constantes para cada MÊS de apuração;

-Tomou a coluna [3,9% ou 3% do PMC] e somou todos os valores dela constantes para cada MÊS de apuração;

Em seguida, a autuada escolheu o maior destes dois valores e o considera como sendo o valor devido para o mês, contudo realmente em momento algum considerou a possibilidade de apuração dos valores devidos tomando por base, também, a forma prevista no caput do artigo 3-A do Decreto nº 7.799/00. Destaca o autuante que, inclusive, a soma dos valores da planilha da autuada, relativos ao mês de abril estão errados.

Cabe razão ao autuante quando afirma que o sujeito passivo, assim, fez a apuração do ICMS devido por antecipação tributária, utilizando a forma simplificada prevista no parágrafo Único do art. 3-A do Decreto nº 7.799/00:

"Art. 3º-A. Nas aquisições dos produtos relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, por distribuidora situada neste Estado e responsável pela antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes, quando feitas diretamente a estabelecimentos industriais, a base de cálculo para fins de antecipação do ICMS poderá ser reduzida em 18,53% (dez e oito 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 caput do art. 3º-A pelo Decreto nº 8.511, de 06/05/03, DOE de 07/05/03, efeitos de 07/05/03 a 08/09/09).

...
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 art. 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).

Alinha o caput do artigo que na apuração do ICMS devido por antecipação tributária à base de cálculo poderá ser reduzida em 18,53%, sem prejuízo da redução prevista no art. 61, §2º do RICMS/BA, de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15%.

O parágrafo único do art. 3-A, do aludido decreto, no período da ocorrência dos fatos geradores, fevereiro a dezembro de 2007, oferece ao contribuinte a opção de apurar o ICMS devido de forma simplificada, *"desde que o valor apurado não seja inferior a 3,9% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial"*.

Não há como interpretar o benefício, a não ser da forma restritiva constante do art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN, pois a forma simplificada de apuração com a redução prevista no único do art. 3º-A do aludido Decreto, só pode ser aplicada, no correspondente período de vigência da norma, se atendida a condição de que o valor apurado não seja inferior a 3,9% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Mesmo se autuado verificasse que o valor apurado era inferior a 3,9% do PMC e, ainda assim, recolhesse o imposto, como se o valor apurado fosse igual a 3,9%, o que não ficou demonstrado em suas planilhas, seria necessário que a norma dispusesse de tal forma, contudo não há essa determinação, e, se assim agisse, o contribuinte estaria criando uma terceira opção não prevista para apurar o imposto.

Ainda em relação à Infração 2, argui o sujeito passivo que não deveriam integrar *"o Auto de Infração as aquisições de mercadorias adquiridas para industrialização, ou seja, aquelas com o CFOP 2101 (compras para industrialização)"*, pedindo a exclusão destas operações do cálculo dos valores devidos por antecipação tributária.

Em relação a tal arguição, esclarece acertadamente o autuante que:

"... a autuada sempre teve por atividade econômica o Comércio Atacadista de Medicamentos de Uso Humano, nunca tendo exercido a atividade de indústria. Lembramos, ainda, que a infração ora discutida exige o ICMS devido por antecipação tributária recolhido a menor, quando da aquisição, em outras unidades da Federação, de mercadorias relacionadas no Anexo Único do Convênio ICMS 76/94, que nos informa que deverão ter o ICMS recolhido antecipadamente "os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH". Ora, ao consultarmos as planilhas, fls. 24 a 138, onde é apurado o valor do ICMS devido por antecipação tributária, constata-se facilmente que os produtos ali elencados são medicamentos e demais produtos que estão abrigados no Anexo Único do Convênio em tela. Podemos citar como exemplo os produtos:

-VALERIMED 50MG CX C/20 COMP, AMOXIMED 250MG/5ML 150ML, AZIMED 500MG CX C/3 CAPS, BACTROPIN COMP CX 20 CPS, NEVRALGEX CX C/10X10CP, fabricados pelo laboratório CIMED IND. DE MEDICAMENTOS LTDA., registrado sob o CNPJ 2.814.497.000.298, que tem código de atividade econômica 21.21-1-01 descrito como *Fabricação de medicamentos alopatônicos para uso humano*;

-AMOXICAP SUS 125MG FR C/45ML (AMOXICILINA), CAPTOCORD COM 25MG CX C/30 (CAPTOPRIL), CIPROFLOXATRIN COM REV 500MG C/14, PIROXAM CAP 10MG CX C/15 (PIROXCAM), fabricados pelo laboratório GLOBO LTDA., registrado sob o CNPJ 17.115.437.000.173, que tem código de atividade econômica 21.21-1-01 descrito como *Fabricação de medicamentos alopatônicos para uso humano*;

-BELSPAN COMPOSTO GOTAS 20ML, BETACORTAZOL CR 30G, COLPADAK CREME DERM BG C/28 G, FLAGIMAX GEL 100MG/G BG C/50G, SULFERBEL XPE FR C/100ML, fabricados pelo laboratório BELFAR LTDA., registrado sob o CNPJ 18.324.343.000.177, que tem código de atividade econômica 21.21-1-01 descrito como *Fabricação de medicamentos alopatônicos para uso humano*;

-BISPECT XPE ADL 120ML, MUCOCETIL XPE 100ML, HEMOFLEB POM 50G, PERIDONA 10MG 20CPR, PERIDONA SUS 1MG/ML, TIABIOSE CRM 45G, fabricados pelo laboratório UCI FARMA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA., registrado sob o CNPJ 48.396.378.000.18, que tem código de atividade econômica 21.21-1-01 descrito como *Fabricação de medicamentos alopatônicos para uso humano*;

-AMLOVASC 10MG CP C/20, AMOXINA 250MG SUSP C/60ML, ANATRIT 20MG CAPS C/12, ATENOPRESS 25MG CP REVES C/28, CAPTOTEC 25MG CP C/28, CETOHEXAL 200MG CP C/10, CIPROBIOT 250MG CP REV C/6, MOVACOX 15MG CP C/10, PANTOPAZ 40MG CP REVES C/7, fabricados pelo laboratório SANDOZ DO BRASIL INDUSTRIA FARMACÊUTICA LTDA., registrado sob o CNPJ 61.286.647.000.116, que tem código de atividade econômica 21.21-1-01 descrito como *Fabricação de medicamentos alopatônicos para uso humano*.”

Alude que, dos exemplos acima, constata-se, ainda, que todos os fornecedores para cujas operações consta o CFOP 2101 são fabricantes de medicamentos de uso humano, e não fornecedores de insumos para industrialização.

Em consonância com a informação fiscal, verifico que no Livro de Registro de Entradas da autuada, fls. 1.152 a 1.217, não existe qualquer operação abrigada sob o CFOP 2101. A inclusão do CFOP em tela nas planilhas às fls. 24 a 138 ocorreu por um equívoco da fiscalização, contudo realmente não interfere no regime de tributação das mercadorias, sendo, neste caso, informação adicional.

Assim, considero demonstrado que todos os produtos constantes das planilhas acima mencionadas estão sujeitas à antecipação do imposto, pois contempladas pelo Convênio 76/94, não cabendo as exclusões das mesmas da presente exigência.

Quanto à arguição de que não lhe foi entregue cópia do documento utilizado pelo autuante para apuração do PMC, além de ser alvo de amplo conhecimento, utilizado para a apuração do imposto antecipado e por essa fiscalização, consta das Notas Fiscais, fls. 163 a 1.122, que embasaram o lançamento ora contestado. Ainda que não contasse das notas fiscais, o Preço Máximo de Venda ao Consumidor – PMC é regularmente publicado na revista da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – ABCFARMA, sendo descabida a alegação de desconhecer tal publicação.

Ainda contestando a Infração 2, o sujeito passivo pede: “que seja considerado o recolhimento de R\$52.771,74, relativo ao período de 05/2007, erroneamente registrado no sistema da própria SEFAZ como 05/2006, ...”. Não informa, para tanto, o código da receita deste recolhimento, bem como deixa de acostar a prova documental de tal recolhimento.

Na busca da verdade material, o autuante consultando o sistema de Informações do Contribuinte – INC, da SEFAZ/BA, fls. 157, constatou a existência do recolhimento acima referido sob o código de receita 1145 tendo como período de referência o mês de maio do exercício de 2006.

É evidente que sob a alegação de tal equívoco de registro no sistema, não há como acolher as aludidas arguição sem a comprovação documental que demonstre o ocorrido, documentação essa que não foi acostada aos autos.

A tabela com o resumo da apuração do imposto devido apresentada pelo impugnante reflete o seu entendimento da metodologia de apuração que, conforme considerações, já alinhadas, no presente voto, não tem amparo na Legislação Tributária do Estado.

Ao se defender da Infração 3, o sujeito passivo comprova que, em razão do Auto de Infração nº 2813320013/08-5, efetuou o recolhimento dos montantes de R\$21.298,61 e R\$29.885,37, relativos aos meses de maio/2007 e julho/2007, respectivamente, sendo estes valores relativos a ICMS devido por Antecipação Tributária constantes da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA apresentadas pela autuada e que não foram recolhidos tempestivamente.

Tendo em vista que os valores em lume foram declarados na DMA, portanto lançados pelo sujeito passivo e não recolhidos tempestivamente, devem ser deduzidos da Infração 2 e não da 3, passando a corretamente efetuar os ajustes, ou seja, as respectivas deduções os valores exigidos nos meses de maio e julho de 2007, concernentes a Infração 2:

- *Mês de maio - o valor recolhido originalmente apurado como sendo R\$ 267.174,95 será reduzido em R\$ 21.298,61, passando a ser então R\$ 245.876,34;*
- *Mês de julho - o valor recolhido originalmente apurado como sendo R\$ 237.461,49 será reduzido em R\$ 29.885,37, passando a ser então R\$ 207.576,12.*

Foram mantidos os demais lançamentos constantes da Infração 2.

Diante do exposto, considero caracterizada parcialmente a Infração 2, conforme valor ajustado a ser exigido de R\$1.507.294,13. Segue demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 2.								
SEQ	INF	CÓD	OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	ALIQ %	HISTÓRICO	JULGADO-5ª JJF	MULTA %
2	2	07.01.02	28/2/07	9/3/07	17	11.211,45	11.211,45	60
3	2	07.01.02	31/3/07	9/4/07	17	10.366,86	10.366,86	60
4	2	07.01.02	30/4/07	9/5/07	17	346.029,33	346.029,33	60
5	2	07.01.02	31/5/07	9/6/07	17	267.174,95	245.876,34	60
6	2	07.01.02	30/6/07	9/7/07	17	15.891,91	15.891,91	60
7	2	07.01.02	31/7/07	9/8/07	17	237.461,49	207.576,12	60
8	2	07.01.02	31/8/07	9/9/07	17	147.091,52	147.091,52	60
9	2	07.01.02	30/9/07	9/10/07	17	245.042,02	245.042,02	60
10	2	07.01.02	31/10/07	9/11/07	17	174.576,28	174.576,28	60
11	2	07.01.02	30/11/07	9/12/07	17	73.447,31	73.447,31	60
12	2	07.01.02	31/12/07	9/1/08	17	30.184,99	30.184,99	60
TOTAL						1.558.478,11	1.507.294,13	

Quanto à Infração 3, traz a exigência do ICMS devido por Antecipação Tributária, referente às aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, relacionadas no Art. 353 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, no exercício de 2007.

A apuração do imposto devido foi com base nas Notas Fiscais de aquisição de mercadorias não apresentadas pelo contribuinte a fiscalização e não lançadas no seu livro de Registro de Entradas. Para tanto, foram utilizadas a via do Fisco dos documentos fiscais destinados ao contribuinte colhidas nos Postos Fiscais da SEFAZ/BA, fls. 162 a 532, bem como cópia de Notas Fiscais de venda colhidas junto a seus fornecedores, fls. 533 a 1122.

A autuada pede, preliminarmente, “*a sua NULIDADE, haja vista não existir qualquer comprovação lógica de que as aludidas mercadorias (e suas respectivas notas fiscais) foram realmente recebidas pelo autuado, haja vista que não consta a ciência do recebimento e nem cópia de qualquer canhoto assinado*”.

Verifico que as vias dos documentos fiscais aqui utilizados foram colhidos nos Postos Fiscais da SEFAZ/BA e junto a fornecedores do contribuinte. Inclusive, no Anexo XI, fls. 533 a 1122, além da cópia das Notas Fiscais, os fornecedores da autuada confirmam as operações de venda mediante ofícios, como se pode ver às fls. 534, 545, 547 e 631, por exemplo. Conforme consta da informação fiscal, no Anexo retro citado estão, também, os envelopes utilizados pelos fornecedores da autuada para encaminhar para essa fiscalização os documentos fiscais solicitados. Portanto, inadmissível a alegação da autuada de que não adquiriu as mercadorias constantes das planilhas do Anexo IV.

Ainda em relação à Infração 3, o autuado alega que “*o autuante não deduziu da mesma os valores contidos no Auto de Infração nº 281332.0013/08-5, que trata da mesma irregularidade, e*

que contemplou nos meses de 05/2007 e 07/2007, os montantes de R\$21.298,61 e R\$29.885,37, respectivamente, e que, no mínimo, deveriam ter sido deduzidos do valor reclamado”.

Conforme afirma o autuante, os sistemas da SEFAZ/BA, indicam a existência do Auto de Infração nº 281332.0013/08-5 e dos valores alegados de R\$21.298,61 e R\$29.885,37, que foram cobrados em razão da falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária declarado pela autuada na Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA.

O autuante tem razão ao afirmar que se a autuada declarou na Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, então se refere às operações que a mesma escriturou no livro de Registro de Entradas, não cabendo a exclusão dos aludidos valores relativos à infração 3, que foi imputada por falta de escrituração, portanto, de declaração das mesmas.

Assim, considero procedente a Infração 3.

A Infração 4 traz a exigência de multa em razão da falta de entrega dos arquivos magnéticos SINTEGRA.

Constado que o sujeito passivo tem como atividade econômica o comércio atacadista, obrigado a fornecer, conforme Convenio ICMS 57/95, os arquivos magnéticos, constando corretamente os Registros nele previstos.

A autuada entregou os ditos arquivos faltando os registros nºs 54, 74 e 75, conforme pode ser visto no relatório Análise dos arquivos magnéticos SINTEGRA (Quantidade de registros informados por mês/ano), emitido pelo sistema SCAM da SEFAZ/BA, às fls. 14.

Conforme informado no corpo do Auto de Infração, fls. 03, a autuada foi intimada em 25/07/2011 a entregar os arquivos em tela com os registros a que esta obrigada, não o fez. Então, foi novamente intimada a fazê-lo em 25/05/2012. Como antes, a autuada deixou de atender à intimação para entrega dos arquivos magnéticos contendo os multicitados registros, cabendo ressaltar que nas intimações citadas, fls. 09 a 37, lhe foi concedido o prazo de 30 (trinta) dias.

Fica demonstrado que a autuada teve mais do que o tempo legalmente previsto, para fornecer a SEFAZ os arquivos magnéticos contendo as especificações e requisitos constantes do Convênio ICMS 57/95, pois só teria direito a 5 dias, conforme será melhor alinhado.

A autuada pede que a “*a intimação de julho de 2011 seja desentranhada dos autos e desconsiderada*”. Entendo, em consonância com o autuante, que não há razão para tal desentranhamento, pois a aludida intimação evidencia, realmente, conforme destaca o autuante, o tempo que teve para cumprir a obrigação acessória em lume, sem que interesse houvesse para tanto.

Quanto à alegação de que a fiscalização deixou de apresentar-lhe relatório indicando a falta de entrega dos Registros nºs 50, 54, 74 e 75, se pode ver, à fl. 14, que tal afirmativa não se sustenta, pois consta do relatório Análise dos arquivos magnéticos SINTEGRA (Quantidade de registros informados por mês/ano), emitido pelo sistema SCAM da SEFAZ/BA, que o contribuinte deixou de entregar os Registros nºs 50, 54, 74 e 75.

Ademais, considerando que ficou caracterizada a não entrega dos aludidos registros, não cabia a concessão do prazo de 30 para correções dos arquivos e sim o prazo de 05 dias, na medida em que o § 6º do art. 708-B, RICMS/97, determina que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento, conforme segue:

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

...

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento.

Assim, considero procedente a Infração 4.

A Infração 5 exige o ICMS não recolhido no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. A autuada pede que “*sejam deduzidos os valores consignados no Auto de Infração nº 281332.0013/08-5, referente ao mesmo período*”, sem indicar, contudo, quais valores seriam.

O exame do Auto de Infração citado corretamente efetuado pelo autuante, não encontra a exigência de ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Assim, por simples falta de demonstração do alegado, não cabe acolhimento à arguição defensiva, restando a caracterização da Infração 5.

Na Infração 6 foi apurado que a autuada utilizou indevidamente crédito fiscal, uma vez que não apresentou os documentos que comprovem o lançamento dos mesmos. A autuada pede a nulidade desta infração alegando que “*o autuante está sancionando duplamente uma mesma infração, o que é irregular, razão pela qual pedimos a NULIDADE desta infração.*”, uma vez que: “*a) primeiramente ele autuou o requerente por extravio de notas fiscais de entrada, b) em seguida promove o estorno dos créditos fiscais consignados nos livros próprios.*”

A Infração 6 é por utilização de crédito fiscal sem os documentos fiscais comprobatórios, não havendo o que se confundir com extravio de documentos fiscais, infrações de natureza distintas, cabendo ao sujeito passivo demonstrar na imputação por extravio de documentos fiscais como resulta em dupla exigência, quais os documentos utilizados simultaneamente nas duas infrações que resultariam no alegado.

Assim, considero não demonstrada a dupla sanção arguida, cabendo a procedência da Infração 6.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, que passa a totalizar o valor de R\$1.743.355,01.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269353.0300/12-4**, lavrado contra **DISTRIFAR NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.595.098,61**, acrescido da multa de 50% sobre R\$28.254,88 e 60% sobre R\$1.566.843,73, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$148.258,40**, prevista nos incisos XIX e XII-A, “j”, do mesmo diploma legal, alterada pelas Leis nºs 8.534/02 e 10.847/07, com os acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

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 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR