

A. I. N ° - 083440.0075/10-0
AUTUADO - APOTHEKE COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS E TECNOLOGIA LTDA.
AUTUANTE - SUZANA QUINTELA NUNES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04. 04. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0055-01/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com medicamentos originários de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94 o destinatário localizado neste Estado signatário do citado Convênio é responsável pelo pagamento do imposto por antecipação. Não comprovada alegação defensiva de que as mercadorias foram adquiridas junto a estabelecimento localizado neste Estado, tratando-se, portanto, de operações internas. Rejeitada as nulidades suscitadas. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/06/2010, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 352.065,76, acrescido da multa de 60%, por ter deixado 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 88e 89 [art. 353, II, do RICMS/97], nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro a junho de 2007.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 2.336 a 2.343), solicitando, preliminarmente, que doravante, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente habilitados, legítimos representantes da empresa na ação administrativa, e suscita a nulidade da autuação, por flagrante cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração. Invoca e reproduz sobre a matéria, o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA.

Salienta que no caso em tela, afrontando inclusive o art. 46 do RPAF/BA, não teve acesso aos documentos fiscais que justificaram a exigência fiscal, especialmente em relação ao período de janeiro de 2005 a julho de 2006, sendo certo que não forneceu tais documentos à Fiscalização, listados nos demonstrativos, durante a ação fiscal, conforme Ordem de Serviço 503859/10 e intimação datada de 31/03/10, não reconhecendo, assim, tais operações.

Afirma que sem ter acesso às notas fiscais, é impossível exercer livremente o seu direito do contraditório e da ampla defesa, importando na nulidade de todo o procedimento fiscal.

Argui, ainda, em preliminar, a decadência do direito de constituição do crédito tributário, em relação aos supostos fatos geradores ocorridos até o dia 30/06/2005, posto que somente foi intimado da autuação em 01/07/10, depois de decorridos 5 anos dos tais fatos, narrados na autuação.

Assinala que no caso concreto, evitando desnecessário alongamento da discussão sobre a decadência, enxergando a aplicação analógica, inclusive para fins de análise da legislação

Estadual, deve o CONSEF atentar para a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08, cujo texto reproduz.

Pede que dessa forma, seja decretada a nulidade da ação fiscal e reconhecida a impossibilidade de constituição do crédito tributário referentes aos supostos fatos ocorridos até 30/06/2005, em face da decadência, ou que, se sanado o vício na intimação, em relação aos demais meses, com o fornecimento de cópias de todas as notas fiscais e demais elementos que compõem a autuação, contra recibo, seja reaberto o prazo de defesa.

Destaca que o atendimento aos pleitos acima poderá trazer benefícios para as partes, uma vez que, anulada a autuação, poderá, se for o caso, fazer uso da denúncia espontânea de débito, assim como terá condições de pleitear o pagamento de qualquer importância que entender devida com o deslocamento do enquadramento legal, ensejando a redução da sanção.

Frisa que de acordo com o Auto de Infração, teria deixado de fazer a “*antecipação tributária*”, referente a aquisições de mercadorias, enquadradas no regime de substituição, em outros Estados, sendo indicada à fl. 02 a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 que, segundo diz, não se encaixa na espécie em lide.

Transcreve os artigos 352 e 353 do RICMS/BA, para afirmar que a hipótese ventilada na legislação adstrita a antecipação, diz respeito ao instituto da substituição tributária, ou seja, impõe a necessidade da existência dos contribuintes substituto e substituído, significando que a legislação enquadra em determinada situação aqueles que realizem operações com contribuintes do imposto, hipótese em que o ICMS que seria devido em operações posteriores, para a segurança do Estado, é antecipado/substituído.

Consigna que a Lei 7.014/96, estabelece que a multa será de 60% do imposto não recolhido tempestivamente, quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares.

Aduz que as citadas hipóteses regulamentares são exatamente aquelas discriminadas nos arts. 352 e 353, que, como já visto, se reportam a operações entre contribuintes do ICMS, quando existe o “*substituto*” e o “*substituído*”. Acrescenta que no caso em tela, então, não se aplicam as normas acima esposadas, na medida em que vende exclusivamente para o consumidor final, pessoa física que não pratica, com habitualidade e fito de lucro, operação de circulação de mercadorias descrita como fato gerador do imposto.

Assevera que o intuito da legislação é coibir a “*falta de substituição*”, ainda que pela modalidade da antecipação. Aduz que, no presente caso, quando o contribuinte vende diretamente para o “*consumidor final*”, o enquadramento mais correto seria o do art. 42, inciso II, letra “f”, aplicando-se ao caso o art. 45, da Lei 7.014/96.

Diz que como visto é importante a decretação de nulidade acima pleiteada, pois seja mediante o exercício da espontaneidade, seja mediante a reabertura do prazo de defesa, poderá adotar, se entender que existe imposto devido, o disposto no art. 45, da Lei 7.014/96.

Conclui consignando que, em face do exposto, pede e espera que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, ou, que ao menos, seja determinado o saneamento dos vícios apontados e seja concedida, ato contínuo, a reabertura do prazo de defesa, sob pena de futura nulidade de todo o PAF, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e que seja reconhecida a decadência apontada.

Rechaça o mérito da autuação, assinalando que mesmo com a visão ofuscada, pode abordar aspectos legais, a exemplo da possibilidade de aplicação da carga tributária de 7%. Acrescenta que outras discussões que poderiam ser travadas, especialmente acerca de valores, somente poderão ter lugar a partir da nulidade do feito ou do seu saneamento. Diz que, por cautela,

impugna os valores cobrados às fls. 01 e 02 do Auto de Infração, na medida em que não conhece o lastro documental do lançamento de ofício.

Menciona que de mais a mais, se pode afirmar, em tese, que o Estado da Bahia permite a adoção da carga tributária de 7%, e que, no seu ramo de atividade, não há que se falar em margens de valores agregados superiores a 20%, sendo que às vezes não existe sequer MVA. Acrescenta que o setor é remunerado pelos descontos, os quais, como regra geral, não compõem a base de cálculo do ICMS. Observa, ainda, que a legislação permite a devolução, ao contribuinte, de imposto pago por substituição, quando o valor comprovado de venda for inferior à base de cálculo relativa à substituição.

Assegura que o primeiro conceito legal que lhe socorre, seguindo esse raciocínio, diz respeito à carga tributária, pois, o art. 61, § 2º, inciso I, do RICMS, estabelece que, para efeitos de substituição ou antecipação, a base de cálculo será apurada em consonância com o Convênio 76/94, inclusive quanto à redução em 10%, não podendo resultar em carga tributária inferior a 7%.

Diz que o texto legal citado permite que a carga tributária, nas situações lançadas na autuação, seja de no mínimo 7%, significando dizer que o ente público encerra seu desejo de tributar, tratando-se dos casos expressos na lei, com a alíquota de 7%, fazendo-o, certamente, no que concerne aos remédios, diante da situação que envolve a saúde pública. Frisa que se o Estado aceita a alíquota mínima de 7%, não pode cobrar 17% para uns e 7% para outros, pois causaria um tratamento desigual e afetaria o objetivo da norma.

Frisa que o contribuinte, por seu turno, possui o direito de pagar a alíquota mínima de 7%. Diz que outro ponto que coaduna com essa prerrogativa e com o espírito da legislação é o costume, fonte do direito. Aduz que no setor de varejo de medicamentos as margens de lucro são extremamente baixas, sendo muito comum a comercialização com prejuízo e o comerciante “remunerado” pelos altos índices de descontos, praticados nas compras e vendas dos fabricantes.

Ressalta que até mesmo as regras gerais da substituição tributária, esculpidas nos arts. 352 e seguintes, especialmente nos §§ 3º e 4º do mencionado artigo, estão em consonância com a possibilidade legal da adoção da alíquota mínima de 7%, o que, em verdade, vem a se constituir um direito do contribuinte da Bahia, até mesmo o § 7º do art. 356, do RICMS, segue o princípio ora esposado, conforme redação que transcreve.

Destaca que a norma acima referida, na esteira dos demais dispositivos que regulam a espécie, leva a conclusão de que o próprio lançamento de ofício deve adotar a cobrança mínima prevista em lei, no caso a carga tributária de 7%, servindo assim como um instrumento de justiça fiscal e social. Ademais, a exigência já se encontra em demasia onerada pela multa por infração.

Afirma que pretender o pagamento de fatos supostamente não tributados com margens de valor agregado incompatíveis com a prática de mercado e mediante a alíquota vigente para quase todos os gêneros de produtos, quando a própria legislação aponta para a satisfação do erário com uma carga menor, é um verdadeiro atentado à saúde pública.

Reitera que as margens de lucro efetivamente praticadas, como já abordado, raramente superam a casa dos 15%, restando demonstrado, mais uma vez, a aplicabilidade do art. 352, § 4º, do RICMS, o que se pode perfeitamente atingir mediante a adoção da prerrogativa instituída pelo inciso I do § 2º do art. 61, do RICMS/BA. Por fim, a garantia do direito da Autuada de suportar a carga de 7%, o que o Estado legalmente permite, servirá como meio de sobrevivência do contribuinte específico e também de um setor de suma importância (VAREJO/SAÚDE), prejudicado ainda por concessões do Estado a “atacadistas”, etc.

Finaliza protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão fiscal para confirmação dos percentuais de MVA efetivamente praticados pela empresa, bem como pela nulidade da autuação

e, de forma sucessiva, pela aplicação da decadência ou, uma vez sanados os vícios apontados, pela reabertura do prazo de defesa, pela adequação da multa por infração e, por fim, pela procedência parcial, com adequação da carga tributária para 7%.

O autuado, em face da reabertura do prazo de defesa promovida pela INFAZ VAREJO, apresentou manifestação (fls. 2.352 a 2.360), consignando que mais uma vez reitera o pedido de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente habilitados, legítimos representantes da empresa na ação administrativa, bem como suscita a nulidade da autuação, por flagrante cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação da infração, invocando, nesse sentido, o art. 18 do RPAF/99, cuja redação transcreve.

Aduz que no caso em tela, afrontando, inclusive, o art. 46, do RPAF, apesar da diligência ora comentada, não teve acesso aos documentos fiscais que justificaram a cobrança, especialmente em relação ao período de janeiro de 2005 a julho de 2006, sendo certo que não forneceu tais documentos, listados nos demonstrativos, à Fiscalização durante a ação fiscal (O.S. 503859/10 e intimação datada de 31/03/10) e, por via conexa, não lhe foram ofertados, com a “*reabertura de prazo*”.

Salienta que o “*protocolo de devolução*” firmado em 21/10/10, expressa que teria recebido “*todas as notas fiscais de entradas referentes ao período de 01/01/2005 a 30/06/2005*”, contudo, tal se reporta aos documentos efetivamente apresentados pela empresa.

Afirma que não se pode falar em “*devolução*” daquilo que não se “*arrecadou*,” bastando que se verifique no PAF se existe comprovação de que apresentou os documentos listados nos demonstrativos, podendo ainda ser questionado à autuante como tais notas, se é que existem, foram obtidas.

Diz que desse modo, continua desconhecendo, na presente ação, as notas fiscais que ensejaram a cobrança, notadamente em relação ao período de janeiro de 2005 a julho de 2006. Salienta que se não as apresentou ao Fisco, se as mesmas existem (e não apenas a relação delas), foram inseridas no PAF de forma irregular, prejudicando sobremaneira a defesa.

Assevera que enquanto não obtiver, mediante recibo específico, cópia de todas as notas fiscais constantes dos “*demonstrativos dos cálculos*”, o processo continuará viciado, pois, sem conhecer os mencionados documentos, não só é flagrante a ausência de segurança na caracterização da infração, como também não pode exercer livremente o seu direito de defesa, importando na nulidade de todo o procedimento fiscal.

Prosseguindo, reitera todos os termos da defesa inicial, para ao final, protestar pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão fiscal para confirmação dos percentuais de MVA efetivamente praticados pela empresa, bem como pela nulidade da autuação e, de forma sucessiva, pela aplicação da decadência ou, uma vez sanados os vícios apontados, pela reabertura do prazo de defesa, pela adequação da multa por infração e, por fim, pela procedência parcial, com adequação da carga tributária para 7%.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 2.365 a 2.368), na qual contesta os argumentos defensivos, referentes à nulidade, afirmando que não podem ser considerados, haja vista que, após a lavratura do Auto de Infração, em 10/06/2010 e respectivo saneamento em 29/06/2010, foi solicitado ao representante do autuado, senhor André Luiz Argolo de Almeida que comparecesse ou enviasse outro representante para tomar ciência do referido Auto de Infração nas instalações da INFAZ VAREJO, no prédio da DAT Metro, o qual confirmou a sua presença para o dia 29/06/10, o que não ocorreu, mesmo sendo por diversas vezes questionado pelo não comparecimento, por telefone, nos dias subsequentes.

Consigna que diante da falta de comparecimento do aludido senhor, conforme fora acordado, deslocou-se em 01/07/2010 ao estabelecimento do autuado para que o representante legal tomasse

ciência do Auto de Infração, conforme consta às fls. 02 e 04, o qual se comprometeu em buscar, ou mandar alguém receber, toda a documentação arrecadada quando do início da ação fiscal, nas instalações da INFAZ VAREJO, no prédio da DAT METRO, na sala 13, o que mais uma vez, não ocorreu. Diz que diante disso, entrou em contato por diversas vezes com o senhor André Luiz Argolo de Almeida, o qual sempre dizia que no outro dia iria buscar a referida documentação, sem, contudo, honrar o que fora acordado, mesmo sendo do seu conhecimento que todo o material estava à sua disposição na INFAZ VAREJO e que seu prazo de defesa estava terminando, o que culminou em abertura de novo prazo de defesa.

Destaca que a falta de interesse para o recebimento de tal documentação e as dificuldades utilizadas pela empresa, através do seu representante legal, demonstram-se pela dificuldade que este colocou para cientificar ou declarar o recebimento e a devolução dos referidos documentos, a serem entregues pelo preposto fiscal. Tece comentário sobre o comportamento do mencionado senhor perante o Fisco.

Indaga: “Como aceitar a alegação de nulidade por parte da autuada se a ela cabe a causa de tal ação?. Como pode ser aceita a alegação de que NÃO RECEBEU OS DOCUMENTOS LISTADOS NOS DEMONSTRATIVOS, PORQUE NÃO FORAM FORNECIDOS PELA AUTUADA DURANTE A AÇÃO FISCAL, se ela mesma entregou-os à fiscalização sem discriminá-los, nota por nota, aceitado o que estava descrito na Intimação Fiscal? Como aceitar a alegação de nulidade, se no parágrafo 04 da Defesa, às fls 2354, a autuada afirma ter recebido “TODAS AS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS REFERENTES AO PERÍODO DE 01.01.2005 A 30.06.2005”?. Como aceitar a alegação de nulidade, com a existência de um recibo de recebimento de documentos que foram minuciosamente conferidos pelo representante da autuada? Qual a verdadeira intenção da autuada com este comportamento? Beneficiar-se da sua própria torpeza? Eximir-se do pagamento do imposto devido ao Estado? ”

Observa que os fatos não aconteceram como simplesmente alega o autuado, tendo ocorrido realmente que quando da entrega de toda a documentação, depois de vários telefonemas para o recebimento dos mesmos, o seguinte:

- no dia 19/10/2010 solicitou uma viatura da Secretaria da Fazenda de placa JRM – 1418 dirigida pelo Sr. José Ademir da Silva, data em que levou toda a documentação para a sede da empresa autuada, mais de vinte caixas com documentos e livros, no intuito de devolver tudo o que fora arrecadado quando do início da ação fiscal. Chegando ao estabelecimento por volta das 15:00 horas, os supra citados servidores ficaram aguardando o Sr. Gerente (sócio) Sr. André Luiz Argolo de Almeida até às 15:50 hs, para que o mesmo me atendesse o que depois de muitos questionamentos serem atendidos, o qual alegou que não receberia a documentação e que, no dia seguinte às 14:00 passaria na repartição fiscal, INFAZ VAREJO, para conferir toda a documentação que fora entregue à fiscalização. Diante desta atitude foi solicitado do referido senhor uma declaração do que acabava de pronunciar, pois, a servidora temia que ocorresse como das vezes anteriores, em que o senhor mesmo prometia em comparecer à inspetoria e não cumpria, sendo por este dito que não podia entregar nada por escrito, causando assim o impasse;

- imediatamente acionou, por telefone, a Supervisora Sra. Clarice Anizia, a qual conversou com o Sr André Luiz Argolo de Almeida, que depois de muito tempo ele resolveu entregar a declaração e disse que iria conferir a documentação nota por nota, nem que terminasse meia-noite. Nesse ínterim, antes da assinatura da declaração , o Sr. André Luiz Argolo de Almeida resolveu subir para o escritório e mandou o segurança fechar a porta que dá acesso ao mesmo, deixando a auditora fiscal, naquele ato representando o fisco estadual, e o Sr. José Ademir, motorista da SEFAZ, em pé no passeio do estabelecimento, fato este testemunhado pelo colega e Agente de Tributos, Luiz Augusto , que estava passando pelo local ao qual foi relatado todo o acontecimento;

- depois de meia hora o Sr. André desceu e disse que iria começar a conferir a documentação (nota por nota) daquela hora, o que já era por volta das 17:40hs, onde ficaram até às 20:30

aproximadamente, sendo conferido apenas um terço de todo o material, sendo que o restante fora trazido de volta para a Sefaz, onde chegaram por cerca de 21:00 horas, desse mesmo dia;

- no dia seguinte o Sr André Luiz Argolo de Almeida e alguns funcionários foram à DAT / METRO para continuar com conferência, a qual também não foi concluída, ficando de retornaram no dia 21/10/2010. APÓS A CONFERÊNCIA DE TODA A DOCUMENTAÇÃO, CONFORME ENTREGUE PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO, E NOS TERMOS DO RECIBO ASSINADO PELO PREFPOSTO FISCAL E ACEITO PELA AUTUADA, conforme fls 2370 do PAF, e diante de várias discussões na presença de vários auditores fiscais, o Sr André negava-se em assinar o protocolo da documentação alegando que faltava algumas notas fiscais da Bahia, as quais ele disse não saber quais eram;

- assim, para dirimir o impasse e sanar as dificuldades causadas pelo Sr André Luiz Argolo de Almeida, foi solicitada a presença do Supervisor Vladimir Moreira o qual depois de várias argumentações, vez ver ao senhor André Luiz Argolo de Almeida que ele não poderia alegar a falta de entrega de documentos, se ele não sabia discriminar quais eram esses documentos, o mesmo assinou o recibo de devolução, dando quitação do recebimento de toda a documentação que fora entregue a fiscalização e que serviram de base documental para a lavratura do auto de infração supra mencionado.

Rechaça a preliminar de decadência, afirmando que a decadência mensal como quer atribuir o autuado, não passa de elucubrações jurídicas, pois o Código Tributário Nacional reporta-se sobre a “prescrição” de exercício, obviamente anual, conforme é do conhecimento do mundo jurídico. Frisa que como pode ser levado a contento este argumento, se o próprio autuado confessa, que praticou a infração, ao afirmar que poderá fazer uso da denúncia espontânea ao pleitear o deslocamento do enquadramento legal e consequente redução da sanção.

Destaca que nos parágrafos subsequentes, o autuado interpreta a legislação tributária no tocante aos artigos 352 e 353 do RICMS/BA, quanto à substituição tributária, ao seu bel prazer, no intuito de confundir e encobrir a prática da infração, consubstanciada no Auto de Infração, tentando, inclusive, direcionar suas argumentações para discussões que não coadunam com o fato gerador da autuação.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 5ª JJF, onde se encontrava o presente processo com o então Relator Francisco Atanasio, converteu o feito em diligência à INFAZ de origem (fl. 2.375), a fim de que fosse entregue ao autuado cópia da informação fiscal e dos protocolos de entrega e de devolução de livros e documentos fiscais.

Intimado para conhecimento da diligência (fl. 2.377), o autuado se manifestou (fls. 2.379 a 2.384), consignando, preliminarmente, que ao tempo em que ratifica todos os termos de sua defesa e demais pronunciamento, e pede, novamente, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente habilitados, suscita a nulidade da autuação, pela mesma motivação que ensejou a declaração do vício em relação ao Auto de Infração nº 083440.0016/08-2, lavrado contra o próprio autuado. Ou seja, por ofensa à norma matriz do art. 196, do CTN, ante a inexistência, no PAF, do “*termo de início da fiscalização*”, anteriormente lavrado, considerando tratar-se de “*fiscalização de estabelecimento*”, levada a efeito para “*suprir*” falha idêntica, em lançamento anterior. Acrescenta que julgando o aludido Auto de Infração, o CONSEF decidiu pela nulidade do lançamento, conforme o Acórdão CJF Nº. 0157-11/-09, cuja ementa reproduz.

Diz que mantém, ainda, como questão prejudicial, a preliminar de decadência apresentada, conforme razões expendidas na defesa, acrescentando pleito de nulidade, por ofensa ao disposto no art. 127, § 6º, do RPAF, que dispõe que “*a informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.*”

Salienta que conforme visto na “*informação fiscal*” de fls. 2.365 a 2.368, a autuante dedicou-se quase que exclusivamente a explicar fatos que envolvem a entrega, ou não, da documentação fiscal pelo autuado, escrevendo, apenas, 12 linhas sobre as demais questões suscitadas na defesa, inclusive de direito, o que revela o não atendimento ao dispositivo regulamentar mencionado. Acrescenta que sendo tal vício sanado, deverá ser cientificado da nova manifestação da autuante, em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Reporta-se sobre o mérito da autuação, registrando que ficam a defesa e demais pronunciamentos igualmente renovados, e que todo o pronunciamento da autuante tem um só objetivo, qual seja, de não admitir que a documentação que serviu de base para o Auto de Infração, da qual o advogado que subscreve a presente peça tomou conhecimento na assentada de julgamento do dia 24/03/2011, especialmente no que tange ao período de janeiro de 2005 a julho de 2006, só pode ter sido obtida junto ao PAF decorrente do Auto de Infração nº 083440.0016/08-2, anulado pelo CONSEF.

Assegura que não forneceu durante a ação fiscal que originou a autuação em lide os documentos fiscais citados, anexados ao PAF em cópias sem autenticidade, sendo obtidos, então, do Auto de Infração citado, o que poderá ser verificado através de investigação no Auto de Infração nº. 083440.0016/08-2, (pedido de cópia dentro do PAF etc). Assinala que os documentos de fls. 2.369 e 2.360, ao contrário do que infere a autuante, não assegura a entrega da documentação pelo autuado, pois, como dito na “*informação*”, foram expedidos de forma genérica, não se podendo sequer validar a expressão “*Todas as Notas....*”, inserida no doc. de fl. 2.370, posto que o mesmo não encontrou no doc. de fl. 2.369, que o antecedeu. Frisa que os documentos teriam sido arrecadados em abril de 2010 e devolvidos em outubro de 2010, ou seja, mais de 06 meses depois, sem qualquer discriminação, o que o levou a resistir à “*devolução sem conferência*”. Diz que não obstante, a autuante registra à fl. 2.367, que “um terço da documentação” foi conferido, sem apresentar comprovação dessa alegação.

Salienta que ainda que ultrapassada as questões prejudiciais, inclusive em razão da declaração firmada pelo advogado de que examinou os documentos junto à JJF, na sessão realizada em 24/03/11, a conclusão será de que a autuação é improcedente, pois, conforme documentos examinados na JJF, a exemplo dos documentos de fls. 202, 203, 205, 231 a 235, 237 a 241, 242 a 244, 245 a 251, 258, 259, 260 a 264, 266, 271, 272, 273 a 277, 278, 279, 280 a 290, 293 a 301, 303 a 339, 361 a 399 (vol. I do PAF), estando na mesma situação a esmagadora maioria das notas fiscais, as operações não possuem o caráter de interestaduais, caracterizando-se, sim, como internas.

Aduz que em assim sendo, a responsabilidade da retenção e recolhimento do ICMS cabe aos seus fornecedores, no caso, PROFARMA, etc, na forma estabelecida pelo art. 353, inciso II, item 13.2, do RICMS, registrando de logo que não pode ter a responsabilidade transferida, até mesmo porque não se demonstrou no PAF que o Fisco esgotou todos os meios e esforços para cobrar do “RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO PRINCIPAL”, consoante expressamente exige o art. 125, § 1º, inciso I, do RICMS.

Registra que para não restar dúvidas sobre tal situação, pede a juntada da declaração emitida pela PROFARMA, em situação exatamente igual a presente demanda, tendo o remetente afirmado que: “.....informamos que o cliente **RF SANTOS COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA, CNPJ 05.030.616/0001-29, efetuou compras junto a PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, situado nos estados da Bahia CNPJ:45.453,214/0025-29, I.E. 64.250.907 e Minas gerais CNPJ: 45.453.214/0020-14, I.E. 1867868930120,...**”. Acrescenta que no caso em tela, além do registro do transportador como sendo “O PRÓPRIO”, consta nas notas fiscais a seguinte observação: “**Despacho por transbordo da Filial Salvador-BA Insc. Est.: 64.250.907**”.

Observa que a Inscrição Estadual nº 64.250.907, da PROFARMA, no Estado da Bahia, é a mesma informada na declaração acima mencionada, não restando qualquer dúvida de que as operações são internas, travestidas, pelos Remetentes, de “*interestadual*”.

Menciona que nessa circunstância, o CONSEF já firmou posicionamento rejeitando o artifício criado por contribuintes inscritos na Bahia, que vendem mercadorias como se fossem as operações realizadas em outras Unidades da Federação, mesmo quando as mercadorias são efetivamente remetidas de outros Estados, o que não se configura no caso ora discutido, pois não existe nas notas quaisquer indício de circulação dos produtos. Diz que o CONSEF trata a operação como sendo interna, visando a proteção do Erário estadual. Acrescenta que esse posicionamento se encontra, por exemplo, espelhado no anexo Acórdão CJF nº 0227-12/09, cuja ementa transcreve.

Assevera que no caso em tela, sequer as mercadorias circularam entre outros Estados, o que se extrai das notas fiscais juntadas ao PAF, nas quais não existe qualquer indício de efetiva circulação. Acrescenta que, pelo contrário, as vendas foram despachadas do estabelecimento situado na Bahia (I.E. 64.250.907), conforme declaração no corpo das notas. Ou seja, se encontravam estocadas na Bahia e aqui foram vendidas, portanto, as Notas Fiscais deveriam ser emitidas pelo estabelecimento baiano, com a retenção e recolhimento do ICMS, sobre a operação futura que iria realizar (venda ao consumidor final), na forma regulamentar.

Afirma que os remetentes, assim, encontraram um meio de fugir à responsabilidade e de “aliviar” a sua carga tributária, em detrimento da Bahia. Acrescenta que por essa ação deliberada e contrária à lei, devem os mesmos arcar com o ônus da cobrança. Salienta que sem comprovar que esgotou todos os meios de cobrança ao responsável tributário, o Fisco da Bahia não pode, simplesmente, lhe transferir o ônus.

Conclui reiterando todo o contexto de sua defesa, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e, ao final, pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A autuante se pronunciou sobre a manifestação do autuado (fl. 2.400), afirmando que a sua solicitação é meramente protelatória.

O processo foi declarado instruído pelo então Relator Francisco Atanasio, sendo encaminhado para inclusão em pauta de julgamento.

Na sessão de julgamento, considerando a argumentação do patrono do autuado apresentada na sustentação oral, o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem (fl. 2.430), a fim de que a autuante esclarecesse como foram obtidas as notas fiscais, inclusive informasse qual o objetivo do “Termo de Desentranhamento” acostado à fl. 190, nos seguintes termos:

a – Como foram obtidas as notas fiscais juntadas ao PAF, uma vez que a autuada sustenta que não entregou as notas fiscais e que tais notas fiscais provieram do Auto de Infração nº 083440.0016/08-2, anulado pelo CONSEF;

b – Prestar esclarecimento necessário sobre o objetivo do citado “Termo de Desentranhamento” colacionado às fls. 190 do PAF;

c – Juntar aos autos documentos referentes à obtenção das notas fiscais em primeiras vias acostadas ao processo que embasaram a autuação do tipo “Termo de Intimação”, Termo de Arrecadação de Livros e Documentos”, bem como, Termo ou Protocolo de Devolução” das mencionadas notas fiscais ao autuado, ou quaisquer outros documentos que os substituam.

A autuante se pronunciou (fls. 2.434/2.435), esclarecendo que em cumprimento a diligência fiscal requerida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que:

a – Como foram obtidas as notas fiscais juntadas ao PAF, uma vez que a autuada sustenta que não entregou as notas fiscais e que tais notas fiscais provieram do Auto de Infração nº 083440.0016/08-2, anulado pelo CONSEF.

- diz que em primeiro lugar cabe esclarecer que a ação fiscal desenvolvida no ano de 2008, teve como período base os exercícios de 2005 a 2006 (01/01/2005 a 31/12/2006) e o Auto de Infração lavrado naquela oportunidade foi julgado nulo pela ausência de Termo de Início de Fiscalização.

Diz que desenvolveu nova ação fiscal através da O.S. 503859/10 quando intimou o contribuinte em 31/03/2010 (fl. 10 do PAF) a apresentar todos os documentos e livros fiscais correspondentes ao período de 01/01/2005 a 30/06/2007. Ou seja, nessa nova ação fiscal ampliou o período a ser fiscalizado, no caso, janeiro a junho de 2007.

No dia 13/04/2010, conforme doc. de fl. 2.369, recebeu do contribuinte todos os documentos constantes da intimação, fl. 10 do PAF, dentre os quais as notas fiscais de entradas do período fiscalizado.

Diz que como já declarado a nulidade da ação fiscal desenvolvida em 2008 se deu pela inobservância do devido processo legal, o que, não gerou o julgamento do mérito da ação fiscal. Assim, de posse dos documentos arrecadados desenvolveu novos demonstrativos fiscais que culminaram com a lavratura do presente Auto de Infração, e, como se fazia necessário anexar aos demonstrativos as cópias das notas fiscais recebidas através do protocolo de entrega elaborado pelo contribuinte e recebida no dia 13/04/2010, fl. 2.369, optou, por uma questão de bom senso, por utilizar as cópias das mesmas notas fiscais referentes ao período de 2005 e 2006 que se encontravam apensadas ao Auto de Infração lavrado em 2008, tirando e anexando ao presente Auto de Infração cópias das notas fiscais do período de janeiro a junho de 2007.

Assinala que de tudo declarado, observa-se que o contribuinte não busca desenvolver uma defesa voltada a contestar a ação fiscal no seu mérito e sim apresentar argumentos sem fundamentos, mesmo porque, todas as notas fiscais anexadas ao presente processo estão devidamente registradas em sua escrita fiscal.

b – Prestar esclarecimento necessário sobre o objetivo do citado “Termo de Desentranhamento” colacionado às fls. 190 do PAF.

Registra que, conforme já mencionado acima, o desentranhamento de cópias de notas fiscais arquivadas no PAF 083440.0016/08-2 objetivou a redução de custo desnecessário a SEFAZ em tirar novas cópias das mesmas notas que ali se encontravam e que seriam apensadas ao novo PAF. Acrescenta que o Termo de Desentranhamento é um procedimento legal e em nada prejudicou ao contribuinte que tem em suas mãos os referidos documentos na forma original.

c – Juntar aos autos documentos referentes à obtenção das notas fiscais em primeiras vias acostadas ao processo que embasaram a autuação do tipo “ Termo de Intimação”, Termo de Arrecadação de Livros e Documentos”, bem como, Termo ou Protocolo de Devolução” das mencionadas notas fiscais ao autuado, ou quaisquer outros documentos que os substituam.

Diz ser importante registrar que todos os documentos citados já se encontram acostados ao Auto de Infração conforme se verifica abaixo:

- TERMO DE INTIMAÇÃO – acostado à fl. 10 do PAF onde de forma clara e precisa constam todos os documentos e livros fiscais a serem apresentados pelo contribuinte ao Fisco. Intimação efetuada no estabelecimento comercial do autuado em 31 de março de 2010;

-TERMO DE ARRECAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS – a entrega e recebimento dos documentos constantes da INTIMAÇÃO se deu através de PROTOCOLO elaborado pelo mesmo contribuinte que descreve todos os documentos e livros entregues a Auditora Fiscal em 13 de abril de 2010 devidamente acostado à fl. 2369 do PAF e assinado;

-TERMO OU PROTOCOLO DE DEVOLUÇÃO DOS DOCUMENTOS ARRECADADOS – depois de inúmeros contatos com os representantes da empresa que demonstravam um total desinteresse no recebimento dos documentos e livros fiscais entregues em 13/04/2010, seu representante resolveu depois de muita discussão receber a devolução daqueles documentos e livros fiscais em 21/10/2010 conforme se verifica à fl. 2.370 do PAF.

Afirma que como se verifica a obtenção e devolução de todos os documentos e livros fiscais se deu dentro dos requisitos legais.

Finaliza consignando que cumprida a diligência devolve o processo ao setor competente para que se proceda as demais exigências.

O autuado se manifestou (fls. 2.448 a 2.455), consignando que intimado da “*diligência*” de fl. 2.430 e do “*pronunciamento*” de fls. 2.434 e 2.435, ratifica todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos, e pede, novamente, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente habilitados, e observa que a diligência promovida pela Junta de Julgamento Fiscal, que inclusive não foi atendida de forma satisfatória, acrescenta elementos de prova da ineficácia do lançamento, eivado que se encontra de vícios.

Afirma que a própria intimação ora respondida apresenta vício que caracteriza cerceamento do direito de defesa, posto que não lhe foram fornecidos todos os elementos que integram a ação, especialmente o documento que deu margem à decisão da Junta de melhor tentar instruir o processo. Frisa que a JJF mandou que lhe fosse fornecida “*cópia da informação fiscal e do referido “Termo de Desentranhamento”*”, bem como do documento referente à obtenção das notas fiscais aduzidas acima, *mediante recibo a ser juntado aos autos.*”.

Salienta que conforme consta da “*intimação*” que lhe foi expedida, recebeu apenas cópia das fls. 2.430, 2.434 e 2.435, sendo tolhido de ter acesso formal a qualquer documento que eventualmente tenha sido juntado com a nova “*informação fiscal*”, e, principalmente, ao “*Termo de Desentranhamento*” de fl. 190, documento que considera imprescindível ao deslinde das questões discutidas no PAF. Diz que assim, caracterizado o cerceamento do direito de defesa, pede a nulidade do procedimento fiscal.

Salienta que seguindo com a análise da diligência de fl. 2.430, a Junta de Julgamento, deparando com o aludido “*Termo de Desentranhamento*”, de fl. 190, datado de 14/06/2010, quando o Auto de Infração foi lavrado 10/06/2010, informações contidas no despacho da Junta, solicitou que a autuante, prestasse as informações solicitadas.

Aduz que a autuante, sem apresentar qualquer comprovação, seja desta ou da ação fiscal anulada, insiste em dizer que todos os documentos que basearam a presente ação fiscal foram apresentados pelo autuado e que isso estaria comprovado através de “*protocolo de entrega*” (fl. 2.369), “*termo de intimação*” (fl. 10), “*termo de arrecadação*” e “*termo de devolução*” (fl. 2.370).

Assinala que a autuante diz também que, por uma “*questão de bom senso*” e para “*redução de custo*”, utilizou as cópias das notas fiscais, do período de 2005 e 2006, que se encontravam apensadas ao AI 083440.0016/08-2, surgindo daí o “*Termo de Desentranhamento*”, que seria um procedimento legal e que nenhum prejuízo traria ao autuado. Afirma também que todas as notas fiscais anexadas ao presente PAF estão devidamente registradas na escrita fiscal, sem apresentar a devida comprovação, através do livro Registro de Entradas, que foi arrecadado durante a fiscalização.

Rechaça a contestação da autuante, dizendo que notadamente no que tange aos exercícios de 2005 e 2006, períodos que foram tratados nesta ação e na autuação anulada, é importante definir a origem das notas fiscais, visando assegurar a regularidade formal da ação fiscal, a responsabilidade pelo pagamento do imposto e, notadamente, o amplo direito de defesa. Acrescenta que, não há que se falar em inexistência de prejuízo para a defesa, como pretende a autuante, pois, se não se tem a comprovação lícita e segura da origem da documentação, não se pode atribuir validade ao lançamento fiscal.

Salienta que essa “*origem*” não se encontra comprovada em nenhum dos documentos reportados pela autuante, a não ser no “*Termo de Desentranhamento*” que, apesar de solicitação expressa do Julgador, lhe foi negado. Acrescenta que o “*Termo de Intimação*” citado pela autuante, de fl. 10, datado de 31/03/2010, por óbvio, registra os documentos solicitados e não arrecadados, além do que foi expedido 70 dias antes da autuação e 89 dias antes do “*saneamento do PAF*”, o que lhe retira a validade e a credibilidade.

Quanto ao “Termo de Arrecadação” e o “Protocolo de Devolução”, também mencionados pela autuante, afirma que não atestam a obtenção ou devolução das notas de 2005 e 2006, especificamente aquelas utilizadas para a cobrança, pois tais documentos são genéricos e fazem menção a “todas as notas”, indicando, é claro, todas as notas fiscais que foram efetivamente apresentadas, não se incluindo aquelas que compõem a base de cálculo do Auto de Infração. Sustenta que entregou “todas as notas” que possuía. A ação fiscal não arrecadou apenas as notas que constam dos demonstrativos do AI. Arrecadou e devolveu todas as notas relativas a todas as compras dos períodos. E como já dito não se encontravam no bojo dessa arrecadação e devolução, especialmente, as notas fiscais de 2005 e 2006 que serviram de base para a cobrança. Outras notas, de 2005 e 2006, que possuía, foram apresentadas e fiscalizadas.

Diz que, conforme visto, considerando a verdade dos fatos e que os documentos apresentados pela autuante não trazem qualquer especificação das notas arrecadadas e devolvidas, não listando sequer uma nota utilizada para a autuação, a única prova da origem dos documentos é o malfadado “Termo de Desentranhamento”, que também não atesta a regularidade e forma de obtenção das notas fiscais, no que tange ao lançamento fiscal que foi considerado eivado de vício insanável. E ato nulo é inexistente para o mundo jurídico.

Destaca, ainda, que o “Termo de Desentranhamento”, cuja regularidade formal questiona, não teve acesso ao mesmo, foi datado de 14/06/2010, ou seja, quatro dias depois da autuação. Assim, no momento da lavratura do Auto de Infração as notas fiscais não existiam. Foram providenciadas, sem a comprovação dos requisitos legais da aquisição dos mesmos, depois, o que é um claro indício de que a ação fiscal se limitou a copiar o Auto de Infração anterior, acrescentando o período de 2007.

Assevera que sendo o “Termo de Desentranhamento”, do seu desconhecimento até o momento, a única prova material clara e segura da origem das notas fiscais, e não se sabendo a “origem primária” das mesmas, ou seja, como tais elementos foram parar no Auto de Infração anterior, não se pode especular, contra a materialidade, que o termo “todos os documentos”, apresentado nos “documentos” nos quais tenta a autuante se sustentar, é suficiente para servir de atestado de arrecadação das notas fiscais que deram margem à cobrança.

Consigna no que tange ao lançamento das notas fiscais no livro Registro de Entradas, que diante da alegação da autuante de que **“todas as notas fiscais anexadas ao presente PAF** estão devidamente registradas em sua escrita fiscal”, tendo sido o livro arrecadado e examinado durante a ação fiscal, deveria a mesma juntar a comprovação desde o início da ação administrativa, em razão, apenas, da questão acessória, posto que, se verá adiante que, em verdade, não se encontrava obrigado a pagar o imposto por antecipação.

Aduz que, de mais a mais, ainda que ultrapassada as questões prejudiciais, inclusive em razão da declaração firmada pelo advogado de que examinou os documentos junto à JJF, na sessão realizada no dia em 24/03/11, e ainda que os documentos estejam lançados no livro Registro de Entradas, a conclusão será de que a autuação é improcedente, pois a esmagadora maioria das notas fiscais que se encontram no PAF prova que as operações não possuem o caráter de interestaduais, caracterizando-se, sim, como operações internas.

Reafirma a argumentação apresentada nas manifestações anteriores, no sentido de que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS cabe aos seus fornecedores, na forma estabelecida pelo art. 353, inciso II, item 13.2, do RICMS, não podendo lhe ser transferida tal responsabilidade, até mesmo porque não se demonstrou no PAF que o Fisco esgotou todos os meios e esforços para cobrar do responsável tributário principal, consoante expressamente exige o art. 125, § 1º, inciso I, do RICMS.

Salienta que no intuito de acrescentar ainda mais provas, solicitou do Diretor de Planejamento da Fiscalização, visando a instrução do processo, a relação das notas fiscais registradas, nas épocas,

junto ao sistema CFAMT, que comprovariam a circulação das mercadorias entre SP, BH e BA, pois as mesmas notas certamente seriam captadas, nas épocas, nos Postos de Fronteira e registradas no sistema da SEFAZ. Acrescenta que, contudo, infelizmente mais uma vez foi prejudicado no seu direito de defesa, sendo a solicitação “negada” por autoridade incompetente para apreciar o pleito, no caso, a própria autuante.

Destaca que no caso em tela, sequer as mercadorias circularam entre outros Estados, o que se extrai das notas fiscais juntadas ao PAF, nas quais não existe qualquer indício de efetiva circulação, pelo contrário, as vendas foram despachadas do estabelecimento situado na Bahia, onde se encontravam estocadas, sendo aqui vendidas.

Conclui reiterando todo o contexto de sua defesa, e protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e, ao final, pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A autuante se pronunciou (fl. 2.463), consignando que em 24/10/2011 anexou ao PAF às fls. 2.434 e 2.435 a sua manifestação em cumprimento da diligência requerida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal. Acrescenta que nessa manifestação citou os documentos que deram origem ao procedimento fiscal, inclusive as folhas em que cada um deles estavam acostadas ao PAF. Esclarece que, quando da entrega dos documentos claramente citados na diligência, só foi entregue ao contribuinte apenas a Informação Fiscal, razão pela qual entregou ao setor de controle dos PAF da DAT METRO, cópia de todos os documentos ali citados, bem como, de sua manifestação de fls. 2.434 e 2.435 que mantém na íntegra, para que sejam remetidos ao escritório do advogado do autuado e entregues mediante recibo, na forma contida na diligência (fl. 2.430 do PAF).

O autuado se manifestou (fls. 2468 a 2476), consignando, preliminarmente, que ratifica todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos, e pede, novamente, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente habilitados, observando que a diligência consiste, tão somente, na repetição de ato determinado pela JJF, posto que somente parcialmente cumprida em novembro de 2011.

Assinala que em conformidade com a fl. 2.463, a autuante informa que na primeira oportunidade não entregou a documentação necessária, conforme determinação da Junta, o que estaria fazendo nessa oportunidade. A JJF, de acordo com o que consta à fl. 2.430, solicitou que lhe fosse fornecido “cópia da informação fiscal e do referido “Termo de Desentranhamento”, bem como do documento referente à obtenção das notas fiscais aduzidas acima, mediante recibo a ser juntado aos autos.”.

Frisa que já tinha recebido cópia das fls. 2.430 e 2.434 e 2.435, tendo recebido agora uma intimação da apresentação de documentos (fl. 10), as fls. 2.369 e 2.379, bem como o “Termo de Desentranhamento”, que parece ser de fl. 190. Observa que os documentos de fls. 10, 2.369, 2.370 e 190, não possuem qualquer registro que conceda segurança à insistente alegação de que apresentou “todas as suas notas fiscais”, pois como já dito, e será abaixo repetido, entregou todas as notas fiscais que possuía e não todas as notas fiscais que deram base ao Auto de Infração.

Salienta que como nos docs. de fls. 10, 2369 e 2370, não existe a discriminação dos documentos entregues, especialmente das notas fiscais, não se pode afirmar que os mesmos dão conta da entrega dos documentos que afirma não ter posse. Diz que se não existe indício dessa certeza, dessa segurança, não se pode atribuir validade aos mesmos “documentos”, para fins de se pretender “discriminar à força” o que o seus textos não discriminam. Observa que o único documento existente no PAF que faz alusão aos documentos fiscais cuja entrega nega ter realizado durante a ação fiscal específica é o “Termo de Desentranhamento” de fl. 190.

Assegura que a autuante, sem apresentar qualquer comprovação, seja desta ou da ação fiscal anulada, insiste em dizer que todos os documentos que basearam a presente ação fiscal foram

apresentados pelo autuado e que isso estaria comprovado através de “protocolo de entrega” (fl. 2369), “termo de intimação” (fl. 10), “termo de arrecadação” e “termo de devolução (fl. 2370).

Menciona que não é legal também, nem seguro processualmente, se acatar a desculpa dada pela autuante que apenas adotou medida de economia, objetivando a redução do custo de cópias, pois tal não suplanta a necessidade de segurança jurídica da relação entre Fisco e Contribuinte. Ressalta que o “termo viciado” não faz qualquer referência ao alegado, de que foi emitido para dar suporte a notas apresentada pelo contribuinte, visando uma economia processual e de custos, pois, pelo contrário, o “termo” diz expressamente que:

“Aos 14 dias do mês de junho de 2010, efetuei o desentranhamento das folhas de Notas Fiscais (cópias reprográficas de Notas Fiscais de aquisição de mercadorias) que passam a integrar o Auto de Infração nº 083.440.0075/10-0. A retirada dos documentos se deu em face do refazimento do Processo julgado Nulo nº 083.440.0016/08-2, conforme sugestão do CONSEF, através dos Acórdãos JF nº 0026-04/09 e CJF nº 0157-11/09.”

Salienta que como se vê claramente, não existe nenhum indício de vinculação entre o “termo de desentranhamento” e as alegações da autuante. Além disso, o documento revela de forma expressa que o mesmo “se deu face ao refazimento do Processo julgado Nulo....”, confirmando a tese de defesa de que não houve nova ação fiscal mas sim, e apenas, nova autuação.

Acrescenta que visando debelar qualquer dúvida, de acordo com o Protocolo SIPRO nº 189771/2011-5, de 28/0911, solicitou ao senhor Diretor de Planejamento da Fiscalização o fornecimento, visando instrução do PAF, da relação das notas fiscais registradas no CFAMT, relativas aos períodos objeto da autuação, emitidas contra o seu estabelecimento, não tendo obtido sequer o despacho da autoridade competente, sendo, portanto, prejudicado no seu direito de petição e, por via conexa, de defesa.

Diz que a declaração acima, citada apenas como elemento de prova da verdade dos fatos, ou seja, de que não houve circulação das mercadorias entre SP ou BH e BAHIA, e sim, apenas, dentro da Bahia, se encontra em consonância com elementos insertos nas notas fiscais apresentadas pela autuante. Acrescenta que além do registro do transportador como sendo “O PRÓPRIO”, consta nas notas fiscais a seguinte observação: **“Despacho por transbordo da Filial Salvador-BA Insc. Est.: 64.250.907”**.

Observa que a IE 64.250.907, no caso da PROFARMA, no Estado da Bahia, é a mesma informada na declaração acima mencionada, não restando qualquer dúvida de que as operações são internas, consideradas, equivocadamente como “interestaduais”.

Diante disso, como já dito, visando acrescentar ainda mais provas, solicitou do Diretor de Planejamento da Fiscalização, visando a instrução do processo, a relação das notas fiscais registradas, nas épocas, junto ao sistema CFAMT, que comprovariam a circulação das mercadorias entre SP, BH e BA, pois as mesmas notas certamente seriam captadas, nas épocas, nos Postos de Fronteira e registradas no sistema da SEFAZ. Infelizmente, mais uma vez foi prejudicada no seu direito de defesa, sendo a solicitação “negada” por autoridade incompetente para apreciar o pleito, no caso, a própria autuante.

Registra que a 2ª Câmara do CONSEF, julgando, em agosto de 2011, demanda igual a presente, editou o anexo Acórdão CJF nº 0270-12/11, destacando a parte do Voto do Relator, seguido pelos demais membros da CJF, conforme fl. 3 da mencionada decisão, cujo teor transcreve.

Assevera que, como visto, no presente caso, da mesma forma do exemplo acima citado, não há segurança na determinação da infração, implicando também em sua ilegitimidade passiva.

Acrescenta que inexistindo qualquer indício de prova da efetiva circulação das mercadorias entre outros Estados e o estabelecimento autuado, no máximo, se validada as notas fiscais e a forma

irregular de juntada das mesmas ao PAF, se poderia dizer que as vendas são internas, hipótese em que não seria responsável pelo pagamento da desejada antecipação.

Conclui reiterando todo o contexto de sua defesa, e protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e, ao final, pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A autuante se pronunciou (fl. 2.483), registrando que em 21/10/2011 se manifestou (fls. 2.434/ 2.435) em cumprimento a diligência requerida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (fl.. 2430), contudo, em 20/12/2011, a Coordenação Administrativa do CONSEF através de documento de fl.. 2.461 solicitou a observância total das determinações contidas na diligência da 1ª JJF, uma vez que não tinha entregue ao contribuinte cópia dos documentos ali citados, o que gerou manifestação do contribuinte (fls. 2.448 a 2.455).

Em 20/01/2012 voltou a se manifestar objetivando complementar as exigências da Diligência Fiscal, quando entregou ao Setor PAF da DAT METRO cópias de todos os documentos para que se procedesse à entrega ao contribuinte, o que, foi feito em 29/03/2012, conforme se verifica no documento fl. 2.465.

Entende que as manifestações promovidas pelo contribuinte não trazem nada de novo, razão pela qual mantém integralmente as suas manifestações anteriores, bem como, os termos contidos no documento fls. 2.434 e 2.435.

Instruído o processo para julgamento, posteriormente, a autuante requereu a juntada aos autos de cópias de diversas notas fiscais, o que foi feito pelo setor competente do CONSEF.

Na sessão de julgamento, o patrono do autuado no exercício do direito de sustentação oral de suas razões, argui cerceamento do direito de defesa e do contraditório, em razão de não ter sido cientificado sobre os referidos documentos fiscais, inclusive por não haver recebido cópias.

A 1ª JJF, acatando argumentação defensiva, converteu o feito em diligência(fl. 5.596) para que fosse dada ciência ao impugnante, inclusive com entrega de cópias das notas fiscais.

O autuado se manifestou (fls. 5.640 a 5.645) ratificando todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos. Observa que a diligência não agrega qualquer elemento que possa servir de suporte ao lançamento, notadamente frente às questões de direito postas à discussão.

Frisa que a autuante parece não entender que o Julgador se encontra adstrito à instrução do PAF e à legislação que regula a matéria, devendo, no caso em tela, decidir se as notas fiscais carreadas ao feito vieram ou não compor os autos de forma regular e o que tal documentação revela, frente a pretensão de cobrança de ICMS, por antecipação, atribuindo-lhe a responsabilidade por substituição tributária.

Reitera que notadamente no que tange aos exercícios de 2005 e 2006, períodos que foram tratados nesta ação e na autuação anulada, é importante sim definir a origem das notas, visando assegurar a regularidade formal da ação fiscal, a responsabilidade pelo pagamento do imposto e, notadamente, o amplo direito de defesa. Afirma que não há que se falar, assim, como pretende a autuante, em inexistência de prejuízo para a defesa. Diz que não se tem a comprovação lícita e segura da origem da documentação, não se pode atribuir validade ao lançamento fiscal.

Assegura que essa “origem” não se encontra comprovada em nenhum dos documentos reportados pela autuante no PAF, a não ser no “Termo de Desentranhamento” já comentado. Acrescenta que por tudo quanto consta do processo, não se pode atribuir validade aos documentos utilizados como base para a autuação.

Destaca que de outra vertente, a autuante vem agora dizer que "...as cópias das notas fiscais anexadas ao processo foram arrecadadas junto a empresa PROFARMA...", sem qualquer relação das mesmas com aqueles documentos "fiscais originários da ação fiscal", dizendo que as novas

notas apresentadas tem sua origem nas Operações Comerciais em âmbito interno entre o autuado e esse fornecedor.

Assinala que decorre dessas afirmações da autuante e, notadamente, das notas fiscais apresentadas, a constatação, também não entendida pela autuante, de que a autuação é improcedente, pois a esmagadora maioria das notas fiscais que se encontram no PAF provam que as operações não possuem o caráter de interestaduais, caracterizando-se, sim, como operações internas.

Afirma que assim, não reconhece as operações constantes do Auto de Infração como fatos geradores de obrigação que lhe possa ser imposta, pois o que os documentos fiscais revelam é que efetivamente as mercadorias não transitaram de outros Estados para o seu estabelecimento.

Diz que assim sendo, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS cabe aos seus fornecedores, na forma estabelecida pelo art. 353, inciso II, item 13.2, do RICMS, não podendo tal responsabilidade lhe ser transferida, até mesmo porque não se demonstrou no PAF que o Fisco esgotou todos os meios e esforços para cobrar do responsável tributário principal, consoante expressamente exige o art. 125, § 1º, inciso I, do RICMS.

Repete o que já dissera quanto à juntada de declaração emitida pelo mesmo fornecedor em situação exatamente igual a presente demanda, inclusive reproduzindo parcialmente o seu teor, bem como a solicitação que fizera ao Diretor de Planejamento da Fiscalização, para obtenção da relação das notas fiscais registradas no CFAMT.

Frisa que se tal procedimento, por parte do fornecedor, constitui ou não ato que merece investigação, as autoridades competentes devem decidir. Acrescenta que relevante no julgamento do presente Auto de Infração é que não pode ser responsabilizado.

Quanto aos documentos de fls. 5.604 a 5.635, juntados pela autuante, afirma que não fazem prova contra si, pois não listam operações específicas, pelo contrário, servem para reforçar a defesa, pois mostram que a maior parte das suas aquisições, em 2005, 2006 e 2007, foram realizadas dentro do Estado da Bahia, a saber:

2005 - Compras totais de R\$ 4.058.948,02, sendo R\$ 2.472.994,01, na Bahia;

2006 - Compras totais de R\$ 4.735.804,51, sendo R\$ 3.979.051,72, na Bahia;

2007 - Compras totais de R\$ 4.713.427,19, sendo R\$ 4.516.223,74, na Bahia.

Conclui reiterando todo o contexto de sua defesa. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e, ao final, pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A autuante se pronunciou (fl. 5.648) consignando que diante do que foi dito e demonstrado mantém os seus pronunciamentos anteriores e reitera o pedido para que este órgão julgador analise e direcione para os órgãos competentes as suas considerações.

Conclui dizendo que a nível material nada de novo foi apresentado pelo contribuinte e que aos poucos as afirmativas de que nunca adquiriu mercadorias no mercado externo tem sido revista em suas novas manifestações.

Finaliza mantendo a autuação.

VOTO

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidades, haja vista que foi possibilitado ao autuado exercer plenamente o seu direito de ampla defesa e do contraditório, com a reabertura do prazo de defesa e entrega de todos os elementos acostados aos autos, inclusive com a realização de diversas diligências na busca dos esclarecimentos necessários para deslinde da autuação.

Verifico que consta à fl. 10, intimação para apresentação de livros e documentos emitida pela autuante e devidamente assinada pelo autuado. Noto, também, que os demonstrativos elaborados pela autuante foram entregues ao contribuinte, conforme assinatura confirmando o recebimento.

Quanto à alegada inexistência de prorrogação da Ordem de Serviço, cabe observar que o entendimento predominante neste CONSEF é no sentido de que a Ordem de Serviço se trata de um documento interno da administração fazendária, cuja falta de prorrogação não interfere na constituição do crédito tributário, bem como não cerceia o direito de defesa do contribuinte.

Em verdade, a ausência de prorrogação permite ao sujeito passivo exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso (art. 28, §1º, do RPAF/99).

No que tange a nulidade por ilegitimidade passiva, sob a alegação de que adquiriu mercadorias de empresas situadas em Salvador a quem caberia fazer a antecipação do ICMS, também não acolho tal argumentação defensiva, haja vista que, no presente caso, as notas fiscais arroladas na autuação constam como emitidas por fornecedores localizados nos Estados de Minas Gerais e São Paulo, que denunciaram o Convênio ICMS 76/94 (medicamentos), ficando, portanto os fornecedores localizados naqueles Estados eximidos de fazerem a retenção do ICMS. Assim sendo, o estabelecimento destinatário é contribuinte substituto e não substituído conforme aduzido pelo impugnante.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, constato que foi apontada corretamente pela autuante, haja vista que a ilicitude imputada ao autuado diz respeito à falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação. A alegação defensiva de que vende exclusivamente para consumidor final e, consequentemente, descabe a exigência do imposto por antecipação tributária, não restou comprovada.

No que concerne ao “Termo de Desentranhamento” que foi objeto inclusive de diligência, considero que os esclarecimentos prestados pela autuante foram suficientes para permitir o meu convencimento de que as notas fiscais estavam na posse do contribuinte.

Isso porque, conforme consignado pela autuante, “todas as notas fiscais anexadas ao presente PAF estão devidamente registradas em sua escrita fiscal”, o que certamente foi constatado pelo Fisco quando da arrecadação e exame do livro Registro de Entradas do contribuinte.

Ademais, verifico que consta em todas as notas fiscais arroladas na autuação o carimbo de “ESCRITURADA”, sendo certo que por se tratar das vias pertencentes ao destinatário, a escrituração somente poderia ser feita por este.

Certamente, no presente caso, a negativa de que as notas fiscais não foram entregues a autuante e, consequentemente, não escrituradas, poderia ser comprovada com a apresentação dos livros Registro de Entradas referentes aos períodos objeto da autuação, o que não foi feito pelo autuado.

Nesse sentido, o art. 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, estabelece que *a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

Ora, como os livros Registro de Entradas estão na posse do contribuinte, obviamente que a sua apresentação poderia confirmar ou não a sua alegação de desconhecimento das notas fiscais arroladas na autuação.

Diante do exposto, inexistindo vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o lançamento, portanto, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, não acolho as nulidades arguidas.

No respeitante à arguição de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário, relativamente aos fatos geradores ocorridos até o dia 30/06/2005, conforme o artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional –CTN, saliento que não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que o autuado tomou conhecimento do início da ação fiscal em 31/03/2010, após regularmente intimado e, posteriormente, da lavratura do Auto de Infração em

10/06/2010, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas do art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, preveem que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O entendimento prevalecente neste CONSEF é de que a disposição do artigo 150, § 4º do CTN alcança as situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento integralmente antes da homologação pela autoridade administrativa.

No caso em exame, a autuação acusa o contribuinte de ter deixado de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, sendo que, o prazo de contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I do CTN, ou seja, 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim sendo, como o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2006, com termo final em 31/12/2010 e o lançamento ocorreu em 10/06/2010, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário.

Vale consignar, que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo, dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05, e Acórdão CJF 0144-11/09, sendo que, deste último reproduzo abaixo trecho do Voto, a título ilustrativo, inclusive, por tratar da Súmula Vinculante nº. 08 do STF, aduzida pelo impugnante:

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência do direito de constituição do crédito tributário.

No que concerne à indicação do impugnante para que as intimações sejam feitas no endereço dos advogados, ressalto inexistir óbice para o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço indicado. No entanto, cumpre salientar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

No mérito, verifico que os fornecedores do autuado estão localizados nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que se desobrigaram das disposições do Convênio ICMS nº 76/94, respectivamente, através do Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01/11/97, que dispõe sobre a não aplicação ao Estado de São Paulo das normas contidas no Convênio ICMS 76/94 e Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01/01/05 o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94, ficando, portanto as empresas localizadas naquele Estados eximidas do cumprimento das regras contidas naquele Convênio.

Desse modo, tendo os Estados de São Paulo e Minas Gerais denunciado o Convênio ICMS 76/94, não se aplicam as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto às empresas localizadas naqueles Estados, ficando as aquisições interestaduais de medicamentos que é enquadrado no regime de substituição tributária, sujeitas à antecipação do ICMS pelo destinatário na condição de contribuinte substituto, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125, todos do RICMS/BA.

Diante disso, não pode ser acolhida a alegação defensiva de que o ICMS deve ser exigido do fornecedor e não do destinatário das mercadorias objeto da autuação.

Portanto, existe fundamentação jurídica para a exigência tributária em exame, haja vista que se trata de aquisições de medicamentos originários dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, conforme cópias de notas fiscais acostadas às fls. 43 a 996, nas quais o autuado, na condição de destinatário, tinha por obrigação efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na forma dos acima mencionados artigos do RICMS/BA.

No respeitante ao argumento defensivo de que adquiriu produtos enquadrados no regime de substituição tributária da PROFARMA, que detém inscrição neste Estado e que o imposto deveria ser exigido dela, por se tratar de uma operação interna, também não pode ser acatada tendo em vista que as notas fiscais arroladas na autuação em sua maioria absoluta foram emitidas pela PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais e não pelo estabelecimento localizado no Estado da Bahia.

Convém ainda observar que as decisões do CONSEF invocadas pelo autuado referentes à PROFARMA dizem respeito à acusação fiscal fundamentada em vias de notas fiscais obtidas através do SINTEGRA ou junto ao emitente, situação na qual, se exige a comprovação da realização da operação. Portanto, como no caso em exame, as notas fiscais foram obtidas junto ao próprio destinatário, não há como se estabelecer o vínculo pretendido pelo impugnante. Assim sendo, até mesmo a solicitação feita pelo impugnante ao Diretor da DPF não produziria qualquer efeito, em face dos registros feitos acima.

De acordo com o disposto no art. 61, § 5º, inciso I do RICMS/BA, para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento, nas operações com os produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificadas na alínea "p" do inciso II do art. 353, foi recepcionado o Convênio ICMS 76/94 em relação àquilo que este for aplicável. Por sua vez, a Cláusula Segunda do mencionado Convênio determina que a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial – PMC (ABCFARMA). Na falta deste, toma-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente incluído o valor

do IPI, frete e demais despesas e sobre este montante o percentual da margem de valor agregado – MVA.

Noto que nos demonstrativos de fls. 11 a 42, 60, 69, 83, 92, 100, 112, 123, 131, 154, 164, a autuante tomou como base o preço praticado pelo remetente, mais IPI, frete e demais despesas e sobre este montante, aplicou o percentual de MVA previsto na lista negativa (49,08%). As MVAs de 33,05% e 38,23% são previstas para as operações interestaduais com alíquota de 12%, e na situação presente, sendo as mercadorias oriundas de SP e MG, cuja alíquota é de 7% é correta a MVA aplicada. Verifico que este percentual está previsto na Tabela constante da Cláusula segunda, parágrafo 1º, item 1 do Convênio ICMS 76/94. Portanto, o cálculo do débito foi efetuado corretamente, tendo sido abatido o ICMS da entrada com a alíquota de 7%.

Diante do exposto, a autuação é integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **083440.0075/10-0**, lavrado contra **APOTHEKE COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS E TECNOLOGIA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$352.065,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR