

PROCESSO	- A. I. Nº 278987.0006/11-5
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISOMED - DISTRIBUIDORA OESTE DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECORRIDOS	- DISOMED - DISTRIBUIDORA OESTE DE MEDICAMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0084-04/12
ORIGEM	- INFRAZ BARREIRAS
INTERNET	- 16/05/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0102-11/14

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE MULTAS. a) FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. b) ENVIO NO PRAZO REGULAMENTAR. Estas imputações são objeto do Recurso Voluntário, vindo posteriormente o contribuinte a confessar o débito procedendo à sua quitação com os benefícios da Lei nº 12.903/13. 2. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E DE LIQUIDEZ NO LANÇAMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Na apuração, pelo Fisco, do valor do ICMS imputado como devido por antecipação, relativo a operações com medicamentos oriundos de outros Estados, e de produtos farmacêuticos de uso medicinal (Convênio ICMS 76/94), foram compensados valores recolhidos a título de ICMS devido por antecipação parcial, o que constitui vício insanável por restar incerta a determinação da infração e o valor do imposto porventura devido. Imputação 03 nula. Esta acusação é objeto do Recurso de Ofício. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 278987.0006/11-5, lavrado em 22/09/2011 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$243.847,00, acrescido da multa de 60%, além de aplicar multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de R\$112.466,89, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informação de operações ou prestações realizadas. Demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 285 a 294. As multas estão indicadas por período anual, com datas de ocorrência respectivamente de 31/12/2006; 31/12/2007; 31/12/2008; e 31/12/2009, e referentes datas de vencimento em 09/01/2007; 09/01/2008; 09/01/2009; e 09/01/2010. Multa no valor total de R\$106.946,89.

INFRAÇÃO 2. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados - TED. Demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 285 a 294. Multa no valor total de R\$5.520,00, sendo aplicada a multa de R\$1.380,00 por cada exercício, com as datas de vencimento e de ocorrência de 31/12/2006; 31/12/2007; 31/12/2008; e 31/12/2009.

INFRAÇÃO 3. Retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Demonstrativos fiscais às fls. 22 a 284, em grupos

intitulados respectivamente de: “Antecipação Parcial” indicando os exercícios de 2006 a 2009, com cálculo de antecipação parcial recolhida a menor; “Substituição Tributária”, com cálculo de substituição tributária recolhida a menor; e “Convênio 76/94”, com cálculo de ICMS recolhido a menor em razão da utilização indevida de Margem de Valor Adicionado - MVA medicamentos. Exercícios de 2006 a 2009. ICMS no valor de R\$243.847,00.

Consta, no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração (fl. 01): “*Contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos SINTEGRA com as correções solicitadas; também não forneceu o PMC conforme tabela da ABRAFARMA; efetuou recolhimentos de ST e Antec parcial a menor, assim como não fez o devido recolhimento dos valores de ICMS apurados no livros fiscais, conforme planilhas anexas*”.

O Fisco acosta, às fls. 08 a 294 (volumes I e II), documentos que consistem em Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais (fls. 08 e 11); Termo de Intimação para apresentação de informações em meio magnético, com prazo de atendimento de trinta dias, e data de ciência do autuado em 14/04/2011, na Intimação constando que não foram apresentados os arquivos SINTEGRA de 2006 a 2009 “*no prazo legal*”; também constando que houve a apresentação de arquivos “*com falta dos registro(s) 50 DIF 54 ENTRADAS E SAÍDAS*”; constando ainda que “*houve a apresentação do(s) referido(s) arquivo(s) com irregularidade(s), conforme demonstrativo anexo*” (fl. 09); Termo de Arrecadação de livros e documentos fiscais (fl. 10); correspondência eletrônica mantida entre autuante e contribuinte na ação fiscal; correspondência eletrônica enviada pelo autuante ao Supervisor e ao Inspetor Fazendário de sua lotação; demonstrativos fiscais intitulados “Antecipação Parcial”, com cálculo de antecipação parcial recolhida a menor no exercício de 2006 (fls. 25 a 42); demonstrativos do levantamento fiscal realizado.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 300 a 328, em apertada síntese pedindo a declaração de nulidade da autuação e argüindo, quanto à Infração 01, que ao receber a intimação reenviou os arquivos tal como exigido pelo Fisco; em relação à infração 02, afirmou que antes da ação fiscal e ainda no prazo regulamentar já havia enviado os arquivos via internet, conforme documentos que junta aos autos, pelo que não podia ter sido aplicada a multa por falta de envio dos arquivos a esta SEFAZ; em relação à Infração 03, alegou que além de não ter recebido de volta as notas fiscais relativas a junho/2006, arrecadadas na ação fiscal, os cálculos do Fisco teriam sido equivocados, conforme argumentos e dados que ele, autuado, lista em textos e planilhas, na sua impugnação ao lançamento.

O contribuinte juntou documentos às fls. 329 a 1867 (volumes III a VII).

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1869 e 1870, em suma contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações. Em contraponto à alegação de não-devolução de notas fiscais, alegou que não as recebera e que o recibo de devolução do contribuinte não teria assinalado a ausência de tais notas fiscais. Juntou documentos às fls. 1871 a 1873.

A Decisão unânime em primeira instância manteve parcialmente o Auto de Infração, julgando procedentes as imputações 01 e 02 e nula a imputação 03, conforme Acórdão nº 0084-04/12, às fls. 1876 a 1881. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

O autuado suscitou nulidade das infrações 1 e 2, argumentando que foi intimado para corrigir os arquivos magnéticos em 14/04/11 e reenviou os arquivos em 10 e 11/05/11, dentro do prazo concedido para atender a intimação e não ocorreu a irregularidade para aplicação das multas.

Por sua vez, o autuante contestou dizendo que os prepostos contadores da empresa não efetuaram as devidas correções nos arquivos magnéticos por falta de condições técnicas, motivo pelo qual aplicou as multas contidas no Auto de Infração.

Pelo exposto, a questão que se apresenta é que a empresa alega ter entregue os arquivos corrigidos antes do prazo que lhe foi concedido e o autuante contesta que não houve correção dos arquivos magnéticos. Portanto, não se trata de vício processual que conduza a nulidade e sim do mérito da questão o que passa a apreciar a seguir.

No mérito, as infrações 1 e 2 tratam de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias em razão do contribuinte não ter fornecido os arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação (infração 1) e da falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação (infração 2).

Pela análise dos elementos contidos no processo, faço as seguintes constatações:

1. Nos demonstrativos às fls. 286/294 foram indicadas as diferenças entre a base de cálculo indicada no Registro 50 (R50) e no Registro 54 (R54). Tomando como exemplo o mês de janeiro/06 no documento à fl. 286 foram indicados diversos valores constantes do R50 e não constantes do R54 e também valores consignados no R54 não constantes do R50.
2. Em 14/04/11 a empresa foi intimada para corrigir inconsistências contidas nos arquivos magnéticos relativos aos meses de janeiro/06 a dezembro/09 os quais foram apresentados constando diferenças entre os arquivos 50 e 54 nas entradas e saídas (fl. 09);
3. A empresa juntou com a defesa cópias do Protocolo Sintegra de entrega dos arquivos magnéticos para tentar provar a alegação de que após a intimação fez a entrega dos arquivos magnéticos corrigidos. Tomando como exemplo o mês de janeiro/06, verifico que a empresa fez entrega do arquivo magnético (fl. 392) em 09/02/06 e após a intimação de 14/04/11 reenviou o arquivo em 10/05/11 (fl. 419). Entretanto, no protocolo de entrega, o R50 indica entrada de R\$19.382,45 e o R54 indica valor de R\$27.837,38 e da mesma forma as saídas indicadas no R50 foram de R\$43.384,16 e no R54 de R\$43.375,36. Logo, constato que os valores constantes do arquivo original e o enviado em momento para atender intimação fiscal permanecem apresentando diferenças entre os valores do R50 e R54.
4. No mês seguinte (fevereiro/06), constato que os valores de R\$34.560,65 no R50 e R\$58.337,64 no R54 informados no arquivo original protocolado em 20/03/06 (fl. 391) persiste com os mesmos valores no protocolo do reenvio do arquivo em 10/05/11 (fl. 421).
5. A mesma apreciação é válida para os demais meses relativos ao período fiscalizado, conforme documentos juntados às fls. 332/418 e 419/442.

Portanto, restou comprovado que tendo sido intimado para corrigir inconsistências nos arquivos magnéticos, o autuado em atendimento à intimação reenviou os arquivos solicitados antes de vencido o prazo da intimação, porém com as mesmas inconsistências contidas nos originais.

O art. 708-A, incisos e parágrafos do RICMS/BA prevêem que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD devem fazer entrega de arquivos magnéticos referentes ao movimento econômico de cada mês, de acordo com os prazos indicados, contendo dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário, via Internet.

Já o § 6º do citado dispositivo e diploma legal estabelece que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas. Na situação presente, tendo a empresa reenviado os arquivos magnéticos sem corrigir as inconsistências apontadas pela fiscalização fica sujeita a multa prevista no art. 42, XIII-A, "j" da Lei 7.014/96 no valor de R\$1.380,00 estabelecida textualmente "falta de entrega nos prazos previstos na legislação ou pela entrega em padrão diferente do previsto ou em condições que impossibilitem a sua leitura...", por cada período de apuração.

Já o art. 708-B estabelece que sempre que for intimado, o contribuinte deve fornecer os arquivos magnéticos ao fisco num prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação. Caso os arquivos sejam entregues apresentando inconsistências, a legislação prevê que a fiscalização deve fornecer Listagem Diagnóstico indicando as irregularidades encontradas e conceder prazo de 30 dias úteis para corrigir os arquivos magnéticos apresentados com inconsistências. E por fim, caso o contribuinte não faça as correções necessárias, o parágrafo 6º do mesmo dispositivo legal estabelece que configura não fornecimento, ficando o contribuinte sujeito à penalidade prevista no regulamento que equivale à prevista no art. 42, XIII-A, "j" da Lei 7.014/96. Portanto, restou caracterizada as infrações 1 e 2 e correta a aplicação das multas correspondentes. Infrações procedentes.

Quanto à infração 3, o autuado suscitou sua nulidade sob alegação de que os demonstrativos contidos nos autos foram elaborados sem critérios e cheios de erros e vícios que podem ser constatados através dos documentos apresentados em separado.

Na informação fiscal o autuante informou que considerando que a empresa "comercializa mercadorias com tributação simples com créditos e débitos, tributação por substituição tributária e tributação específica, no caso medicamentos" procedeu à apuração do imposto utilizando a seguinte metodologia:

Efetuamos os cálculos da tributação com débitos e créditos;

1. Calculamos os valores devidos por substituição tributária e,
2. Aplicamos a tributação nos medicamentos, conforme Convênio 76/94 considerando que o contribuinte não está habilitado com o Acordo Atacadista para comercializar medicamentos.

3. Após este procedimento cotejamos todos os seus recolhimentos, na sua totalidade e efetuados as devidas compensações sobre os valores apurados, daí encontramos os valores que fazem parte deste Auto de Infração”.

Para facilitar a apreciação reproduzo abaixo o demonstrativo resumo elaborado pela fiscalização referente ao exercício de 2006 (fl. 22) cujo procedimento é idêntico em 2007/2008 e 2009 (fls. 22/23).

Débitos:									
Refer	Antecip	Recolhido	A Recolher	Substit	Recolhido	a Recolher	Medicam	Soma	Saldo
1/2006	1.077,73	1.855,51	-777,78	1.968,21	2.132,23	-164,02	3.175,35	2.233,55	2.233,55
2/2006	1.186,73	1.725,07	-538,34	6.710,17	8.053,65	-1.343,48	6.427,52	4.545,70	4.545,70
3/2006	2.124,17	4.215,59	-2.091,42	10.798,65	11.889,80	-1.091,15	6.090,72	2.908,15	2.908,15
4/2006	1.750,75	2.982,43	-1.231,68	5.874,16	7.074,94	-1.200,78	5.308,26	2.875,80	2.875,80
5/2006	1.457,17	4.307,61	-2.850,44	8.782,85	7.695,07	1.087,78	8.833,04	7.070,38	7.070,38
6/2006	1.865,98	2.455,11	-589,13	4.050,02	7.621,20	-3.571,18	4.407,12	246,81	246,81
7/2006	2.958,20	3.017,27	-59,07	7.501,10	6.647,97	853,13	8.015,99	8.810,05	8.810,05
8/2006	3.006,74	4.445,62	-1.438,88	6.784,35	13.422,61	-6.638,26	10.292,44	2.215,30	2.215,30
9/2006	2.494,22	3.910,25	-1.416,03	6.222,90	4.695,25	1.527,65	4.871,25	4.982,87	4.982,87
10/2006	1.419,20	3.910,58	-2.491,38	7.032,52	5.925,70	1.106,82	4.162,21	2.777,65	2.777,65
11/2006	1.766,89	3.034,57	-1.267,68	7.382,73	6.141,64	1.241,09	2.026,50	1.999,91	1.999,91
12/2006	2.145,78	2.656,62	-510,84	7.204,05	4.471,71	2.732,34	4.865,47	7.086,97	7.086,97
<i>Soma</i>								47.753,14	47.753,14

Constatou que conforme demonstrativo à fl. 27, o autuante adotou os seguintes procedimentos:

A) Relacionou as notas fiscais que consigna aquisições de mercadorias em outros estados e não sujeitas ao regime de ST (embora o demonstrativo à fl. 45 não relate as mercadorias, no arquivo magnético DISOMED RELAÇÃO DE PRODUTOS MVA 2006 indica aquisição de afastador, bolsa, balança, pinça, cadeira, laminia, escada, coletor, etc.).

Apurou o valor do ICMS antecipação parcial, a exemplo do mês de janeiro/06 totalizando R\$1.077,73 (fl. 27) valor este que transportou para a coluna “Antecip”. Indicou o valor recolhido de R\$1.855,51 relativo a antecipação parcial o que resultou em diferença positiva favorável a empresa no valor de R\$777,79.

B) Na quinta coluna apurou o ICMS-ST relativo a produtos enquadrados na ST (que não são medicamentos, mesmo arquivo substituição 2006: absorvente, cateter, agulha, água destilada, atadura, seringa, soro, luva, etc.) totalizando R\$1.968,21 no mês de janeiro/06 (fl. 45) e confrontou com o valor recolhido de R\$2.132,23, o que resultou em valor favorável à empresa de R\$164,02.

C) Na nona coluna apurou o ICMS-ST relativo a produtos enquadrados na ST (medicamentos) conforme demonstrativos às fls. 59/60 totalizando R\$3.175,35 no mês de janeiro/06. Confrontou este valor com o pagamento excedente do ICMS antecipação parcial (A) e de substituição tributária (B) totalizando diferença desfavorável a empresa (C) de R\$2.233,55 (R\$777,78 + R\$164,02 – R\$3.175,35).

Observo que a acusação é de que a empresa procedeu à “retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição”. Como se trata de imposto exigido relativo às operações de entrada em estabelecimento distribuidor, na realidade refere-se a imposto exigido por antecipação.

Na apuração do ICMS devido por substituição (ICMS-ST) relativo a medicamentos, a base de cálculo é apurada aplicando a alíquota interna sobre o Preço Máximo de venda a Consumidor (PMC), deduzindo o valor do imposto pago na operação anterior. Na falta do PMC é acrescida a Margem de Valor Agregado (MVA) indicada nos anexos do Convênio ICMS 76/94, aplicada a alíquota interna e deduzido o ICMS próprio pago na operação anterior.

Já em se tratando de outros produtos farmacêuticos medicinais é acrescida a MVA prevista no citado Convênio e deduzido o ICMS próprio. Em ambos os casos encerra a fase de tributação.

Por sua vez o ICMS antecipação parcial previsto no art. 352-A do RICMS/BA, ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no art. 61, IX do citado diploma legal e deduzido do valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. Não encerra a fase de tributação.

O §1º, III do art. 352-A do RICMS/BA prevê que a antecipação parcial não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Por tudo que foi exposto, conforme descrito nos itens A, B e C acima, o autuante apurou o ICMS-ST devido relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária referente a produtos regulamentados no Convênio ICMS 76/94 (medicamentos e produtos farmacêuticos medicinais) e do montante apurado por mês, deduziu os valores recolhidos do ICMS-ST e também do ICMS antecipação parcial.

Como se trata de dois institutos diferentes, o ICMS-ST que encerra a fase de tributação e o ICMS antecipação

parcial que não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não é possível fazer compensações de valores recolhidos do segundo na apuração do primeiro o que constitui vício insanável. Portanto, nulo o procedimento fiscal.

O procedimento correto a ser adotado seria, na apuração do ICMS normal (relativo a mercadorias não enquadradas na ST), compensar do débito os valores do imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição relativo a mercadorias submetidas à tributação normal e também o ICMS antecipação parcial efetivamente recolhido.

Na apuração do ICMS devido relativo às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deveria ser apurado o imposto com a adição da MVA (ou com base no PMC no caso de medicamentos) considerando os créditos fiscais correspondentes, e do valor do ICMS-ST apurado, deveria ser deduzido os valores do imposto recolhidos por DAE ou GNRE.

Por tudo que foi exposto, declaro nula a infração 3, ao teor do art. 18, IV do RPAF/BA, tendo em vista que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Recomendo que a autoridade competente mande renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

A Junta recorreu de ofício da Decisão nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 1895 a 1899, inicialmente resumindo as imputações, tecendo comentários sobre a lisura de suas operações e afirmando a inexigibilidade das multas quando em fase de julgamento.

O contribuinte reprisa as alegações da impugnação originária expondo que as notificações fiscais seriam nulas por vício e falta de critério, relatando que a nulidade da terceira imputação fora acolhida pela JJF.

Em relação à imputação 1, aduz que foi acusado de deixar de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações ou prestações realizadas. Que em 14 de abril de 2011 o Fisco solicitou o envio de informações do Sintegra de 01 de Janeiro de 2006 a 31 de Dezembro de 2009, através de termo de notificação e que, diante da solicitação, a empresa enviou novamente todos os arquivos, conforme protocolos que anexa, enviados nos dias 10/05/2011 e 11/05/2011, portanto dentro do prazo de 30 dias estabelecidos pelo auditor em sua solicitação. Que, assim, solicita o julgamento pela nulidade da multa aplicada indevidamente.

Ainda com relação à acusação 1 do Auto de Infração aduz que seria esta nula porque o Fisco, “nos itens 02 e 03 da página 3 da contra argumentação”, relata que intimou a empresa para apresentar novamente os arquivos magnéticos, apresentados nos prazos exigidos em lei, mas que as diferenças persistiram, mas que a empresa não pode sofrer penalidade porque o Fisco, ao solicitar os arquivos, não cumpriu com a exigência estabelecida no parágrafo 3º do artigo 708-B do RICMS/BA, no qual consta “Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas”, e que esta Listagem diagnóstico “não foi feito na intimação, sendo apenas colocada já no relatório após a lavratura do Auto de Infração.”

O recorrente afirma, ainda, que outro fato relevante seria o de que o Fisco, caso houvesse cumprido o que estabelece o Regulamento do ICMS, deveria considerar a multa pela “diferença”, pois seria mais favorável ao contribuinte, conforme aduz que estabelece a alínea “f) 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período;” [alínea “f” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, redação em vigor de 10/07/2004 a 10/02/2005].

Em relação à imputação 2, relata que trata da falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa

Transmissão Eletrônica de Dados - TED, Omissão de Entrega de arquivos, e que esta infração também é nula porque os arquivos foram devidamente enviados dentro do prazo estipulado pela legislação, conforme cópias anexadas. Expõe que o próprio auditor colocou, em sua contra-argumentação, que na verdade os arquivos foram entregues, porém com diferenças nos registros, conforme se constata “*no item 1 da pagina 03*”.

O contribuinte prossegue expondo que o Fisco utilizou os arquivos magnéticos enviados pela empresa para fiscalizá-la, inclusive utilizando arquivos por item, o que afirma que comprova que os arquivos estariam em perfeitas condições.

Cita o artigo 708-A do RICMS-BA e assevera que a acusação de deixar de entregar arquivos magnéticos dentro do prazo previsto na legislação já se encontraria “*formalizada no dispositivo legal, sendo desnecessária qualquer outra ação específica.*”

Conclui asseverando que, diante da falta de coerência, por parte da fiscalização, solicita a o julgamento pela nulidade total da autuação, especialmente dos itens 1 e 2 do presente Auto de Infração, para que a empresa não seja prejudicada com cobrança de multas absurdas, vez que já recolhe mensalmente valores de ICMS sob regime normal, por substituição e antecipação, conforme estabelece a legislação.

Não houve emissão de Parecer técnico-jurídico nos autos.

A Coordenação Administrativa do CONSEF encaminhou o processo para instrução pela Relatora de segunda instância, esse foi dado como instruído e incluído em pauta de julgamento.

Na assentada de julgamento a Representante da PGE/PROFIS, Procuradora Rosana Jezler Galvão, ressaltou que na data em que o processo fora encaminhado para a presente Conselheira Relatora estava já vigente a redação atual do artigo 136, III, “b”, do RPAF/99, pelo que entendia imprescindível o encaminhamento do processo à PGE/PROFIS para a emissão de Parecer técnico-jurídico nos autos.

A 3^a CJF deliberou, então, por este encaminhamento, às fls. 1905 e 1906.

Em atendimento a PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, emitiu Parecer às fls. 1909 frente/verso opinando no sentido do Improvimento do Recurso Voluntário, aduzindo que em relação à infração 2 a legislação estadual preceituaria, de forma expressa, que a simples recepção do arquivo pela SEFAZ não caracterizaria a entrega, quando os mesmos forem remetidos com correções e inconsistências. Que, no caso em comento, após intimação para entrega de novos arquivos depurados de inconsistências, o recorrente novamente os enviara com incorreções, expressando o Procurador o entendimento no sentido de que seriam escorreitas “*as imputações infracionais*”. Que, na esteira do disposto no parágrafo 6º do artigo 708-B do RICMS/BA então vigente, a entrega dos arquivos fora das especificidades impostas na legislação “*importa na não entrega dos mesmos, uma vez que os torna imprestáveis para seu desiderato.*”

Às fls. 1911 a 1913 estão anexados documentos comprovando que o contribuinte reconheceu o cometimento das imputações 1 e 2 quitando o débito respectivo com os benefícios da Lei nº 12.903/13.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos no sentido de modificar a Decisão da 1^a Instância no que tange às infrações imputadas. O Recurso de Ofício refere-se à imputação 3, o Recurso Voluntário refere-se às imputações 1 e 2.

Analiso primeiro o Recurso de Ofício, que tem como objeto a acusação 3.

Esta imputação, corretamente julgada nula pela e. Junta, refere-se a retenção a menos do ICMS, e seu consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. O Fisco acostou demonstrativos fiscais às fls. 22 a 284, em grupos intitulados respectivamente de:

“Antecipação Parcial” indicando os exercícios de 2006 a 2009, com cálculo de antecipação parcial recolhida a menor; “Substituição Tributária”, com cálculo de substituição tributária recolhida a menor; e “Convênio ICMS 76/94”, com cálculo de ICMS recolhido a menor em razão da utilização indevida de Margem de Valor Adicionado - MVA medicamentos.

Contudo, tal como já meticolosamente explicado no voto da Decisão de base, constato que na apuração, pelo Fisco, do valor do ICMS imputado como devido “por antecipação”, o Fisco compensou entre si valores relativos a imposto devido por antecipação parcial, em operações com produtos não incluídos no regime de apuração por substituição tributária, com valores relativos a ICMS incidente em operações com medicamentos oriundos de outros Estados, sendo estes produtos farmacêuticos de uso medicinal (Convênio ICMS 76/94), situação enquadrada no regime de apuração e recolhimento com substituição tributária em razão da natureza da mercadoria, qual seja esta, medicamentos. Trata-se de institutos diversos, inclusive disciplinados por normas específicas atinentes a cada um de per si. Tal irregularidade constitui vício insanável por restar incerta a determinação da infração e o valor do imposto porventura devido. Diante de tais incertezas, a imputação 3 é nula, tal como decidido pela Junta de Julgamento Fiscal. Não merece reforma a Decisão de base em relação à imputação 3.

O Recurso Voluntário tem como alvo as infrações 1 e 2. Contudo, tal como já dito no Relatório que antecede este voto, após a interposição do mencionado Recurso Voluntário o sujeito passivo veio a reconhecer o cometimento dessas imputações, quitando o débito respectivo com os benefícios da Lei nº 12.903/13, pelo que resta prejudicada a análise das razões recursais a respeito.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pela não apreciação do Recurso Voluntário por estar o mesmo PREJUDICADO, para assim homologar a Decisão recorrida, mantendo o julgamento de base que decidiu pela nulidade da Infrações 1 e pela procedência das demais.

Contudo, diante dos indícios presentes no presente processo administrativo fiscal, represento à autoridade administrativa fazendária competente no sentido de que, caso entenda pertinente, e respeitado o prazo decadencial, determine a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas, no sentido de que seja observado o cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias do contribuinte, em relação aos fatos objeto da imputação 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 278987.0006/11-5, lavrado contra a DISOMED – DISTRIBUIDORA OESTE DE MEDICAMENTOS LTDA., no valor de R\$112.466,89, devendo o recorrente ser cientificado desta decisão e, após, serem homologados os valores já recolhidos com os benefícios da Lei nº 12.903/13 e arquivado o processo. Representa-se à autoridade administrativa fazendária competente no sentido de que, caso entenda pertinente, e respeitado o prazo decadencial, determine a realização de nova ação fiscal, a salvo de falhas, no sentido de que seja observado o cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias do contribuinte, em relação aos fatos objeto da imputação 01.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS