

PROCESSO - A. I. N° 298952.0103/14-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MEDISIL COMERCIAL FARMACÊUTICA E HOSPI TLAR LTDA.
RECORRIDOS - MEDISIL COMERCIAL FARMACÊUTICA E HOSPI TLAR LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0190-03/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/12/2015

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0407-12/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Diante das provas documentais trazidas pelo defendante foram refeitos os cálculos e os débitos originalmente apurados ficaram reduzidos, do que se fundamentou o órgão julgador para exarar o Acórdão recorrido. Infrações comprovadas de acordo com os demonstrativos elaborados pelos autuantes. Razões recursais insuficientes para reforma do Acordão. Mantida a Decisão. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão n° 0190-03/15, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$532.596,67, em razão da constatação de duas irregularidades, sendo ambas objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1: Procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$432.303,14, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de medicamentos realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2011.

INFRAÇÃO 2: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$100.293,53, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de medicamentos realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de fevereiro, junho, julho, setembro a dezembro de 2009; janeiro a dezembro de 2010; fevereiro, março a julho, outubro e novembro de 2011.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$425.182,99, após considerar que o PAF está revestido das formalidades legais e não se comprovar a existência de vícios formais, diante dos seguintes entendimentos:

No mérito, inicialmente a JJF destaca que, quando se trata de mercadorias inseridas no Convênio, nas operações com essas mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários do referido Convênio, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária.

Quanto à primeira infração, a decisão é de que os dados constantes na Denúncia Espontânea, alegada pelo defendante, foram processados e consideradas todas as notas fiscais e respectivos

valores do ICMS, sendo excluídas as notas fiscais para as quais houve o correto recolhimento do tributo dos novos demonstrativos de apuração do ICMS ST. Assim, a JJF acatou as conclusões apresentadas pelos autuantes, mantendo parcialmente a exigência fiscal, no valor de R\$417.315,14, para a primeira infração, conforme demonstrado à fl. 625 dos autos.

Inerente à segunda infração, o órgão julgador considerou que os autuantes acataram as alegações do defendant, quando devidamente comprovadas, tendo na última informação fiscal elaborados novas planilhas, apurando o débito após a revisão efetuada, indicando no quadro à fl. 625, “Quadro Resumo do ICMS ST RETIDO A MENOS E NÃO RETIDO”, do qual foi o contribuinte intimado e não contestou a referida revisão efetuada pelos autuantes. Assim, a JJF acatou o aludido demonstrativo, após a exclusão dos documentos fiscais comprovados pela defesa, mantendo parcialmente a exigência fiscal, no valor de R\$7.867,85, para a segunda infração, conforme demonstrado à fl. 625 dos autos.

Quanto à multa exigida decorrente da autuação, a decisão é de que sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, II, “e”, da Lei 7.014/96.

Por fim, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF ao concluir pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor total de R\$425.182,99, sendo: R\$417.315,14 para a infração 1 e R\$7.867,85 para a infração 2, conforme quadro elaborado à fl. 625.

No Recurso Voluntário, às fls. 662 a 665 dos autos, o recorrente defende que o Acórdão merece nova análise nos seguintes termos:

Restou sem conclusão no que concerne a nota fiscal nº 30.067 da Segmenta Farmacêutica Ltda, datada de 01/04/2010, pois, conforme demonstrado, a referida empresa possui Inscrição Estadual na condição de substituto tributário, recaindo sobre tal empresa a obrigação da retenção e recolhimento do ICMS. Assim, aduz necessário que haja novo julgamento para expurgar a cobrança com relação a esta nota fiscal.

Quanto à retenção a menor do ICMS para os anos de 2010 e 2011, alega que ocorreu uma interpretação equivocada do Decreto nº 7799/2000, o qual em seu artigo 3º-A concedia uma redução de 18,53% na base de cálculo, sem o prejuízo da redução prevista no art. 61 do RICMS (10%), de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15%, pois, no momento da retenção, ao invés de aplicar o percentual de 17%, era aplicado, equivocadamente, o percentual de 12,15%.

Ressalta que o Decreto nº 7799/2000 foi alterado pelo Decreto nº 11872/2009, o qual determinou que fosse aplicada a redução de 28,53% unificando, assim a redução prevista pelo art. 3º-A do Decreto nº 7799/2000, assim como pelo art. 61 do RICMS.

Assim, diante de tal equívoco e a teor do Decreto 16.032/2015, o qual revogou o art. 159 do Decreto nº 7629/99 (RPAF), pugna para que seja dispensada ou reduzida a multa pela infração ao apelo de equidade, do que, para que fique demonstrada a sua boa-fé, salienta que no ano de 2009, em razão da mesma interpretação equivocada, foi procedida uma denúncia espontânea, após verificar o equívoco, tendo recolhido ao erário estadual a monta de R\$304.061,21.

Requer o acatamento das alegações procedidas para que o Recurso Voluntário seja julgado procedente.

Às fls. 700 a 703 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, pois, inerente à primeira infração, o recorrente alega, em suma, que “*procedeu com os recolhimentos do tributo ora cobrado, tendo realizado uma denúncia espontânea, que fora registrada através do processo de número 6000003600/13-1*”.

Salienta a PGE que, conforme salientado no acórdão objurgado, “*Na informação fiscal, os autuantes esclareceram que, efetivamente, o autuado apresentou a denúncia espontânea citada*

nas razões de defesa (...), sob os benefícios da Lei 12.903/13, recolhendo o montante de R\$ 304.061,21 ao Erário. Concluíram que as informações apresentadas foram processadas e que na referida Denúncia Espontânea todos eventos dizem respeito apenas ao exercício 2009, não existindo qualquer referência a recolhimentos relacionados aos exercícios de 2010 e 2011.”

Assim, o opinativo da PGE/PROFIS é de que se encontra consignado no voto que “*as notas fiscais para as quais houve o correto recolhimento do tributo foram excluídas dos novos demonstrativos de apuração do ICMS ST*”. Portanto, segundo o parecer, não resta a menor dúvida de que a exigência fiscal é parcialmente procedente, quanto ao primeiro item do lançamento, ora sob exame.

Inerente à infração 2, o opinativo é de que o inconformismo do recorrente se restringiu a duas singelas alegações, a saber: *i*) o acórdão teria ficado sem conclusão relativamente à Nota Fiscal nº 30.067 da SEGMENTA FARMACÊUTICA LTDA; e *ii*) a retenção insuficiente do ICMS relativo aos anos de 2010 e 2011 decorreria de uma interpretação reconhecidamente equivocada, por parte do contribuinte, do Decreto nº 779/00, em razão da qual foi aplicado o percentual de 12,15% ao invés de 17% no momento da retenção, o que implicou um recolhimento a menor do tributo.

Quanto à pretensa falta de menção expressa à aludida nota fiscal na parte dispositiva do acórdão, a PGE/PROFIS ressalta que, embora seja recomendável, não é necessário que a decisão se pronuncie, especificamente, sobre cada argumento defensivo, mas sim que a decisão esteja fundamentada como, inequivocamente, ocorreu no presente caso, pois, com efeito, na conclusão do acórdão atacado, consta expressamente que: “*Foram consideradas as informações complementares apresentadas pelo autuado; elaborados demonstrativos resumo e analíticos, em meio magnético, juntando, também ao presente processo, em meio físico (papel), idêntico resumo dos valores da autuação e dos demonstrativos analíticos; providenciaram o reprocessamento do levantamento fiscal e a consequente emissão de novos demonstrativos*”.

Assim, a PGE/PROFIS concluiu que, já na informação fiscal, às fls. 561/565, os autuantes acolheram as alegações da recorrente sobre a nota fiscal supracitada, sendo tal entendimento chancelado pela JJF, na medida em que acatou “*o demonstrativo elaborado pelos autuantes, após a exclusão dos documentos fiscais comprovados pela defesa, concluindo pela subsistência parcial da autuação (...), conforme quadro elaborado à fl. 625*”.

No que tange à alegação recursal de que incorreu em equívoco na aplicação da legislação tributária, mas que teria agido de boa-fé, motivo pelo qual pleiteia a redução ou exclusão da multa, o parecer da PGE/PPROFIS é de que melhor sorte não assiste à irresignada, pois poderia ter lançado mão da consulta para dirimir eventual dúvida sobre o percentual do imposto a ser retido e recolhido.

No parecer foi salientado que, em matéria tributária, a responsabilidade é objetiva e não se trata, a hipótese dos autos, de razoável e justificada dúvida de interpretação, pois, impende destacar que o argumento do recorrente de ter feito uma denúncia espontânea “*no ano de 2009, em razão da mesma interpretação equivocada*”, ao invés de fortalecer, enfraquece o seu pedido, na medida em que, se já sabia tratar-se de um erro, não deveria tê-lo repetido.

Sobre a multa, aduz o parecer que, se o recorrente almeja uma redução, encontra-se em vigor a Lei nº 13.449, de 21/10/2015, a qual institui o Programa de Transação Judicial e Extrajudicial de Créditos Tributários – Programa CONCILIA BAHIA, em cujo § 3º do art. 3º está prevista a redução da multa por infração e dos acréscimos moratórios em até 85%.

Por fim, o entendimento da PGE/PROFIS é de que os argumentos recursais são insuficientes para modificar a Decisão recorrida, motivo pelo qual opina pelo Improvimento da irresignação.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte dos

débitos originalmente exigidos nas infrações 1 e 2 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, em relação às duas exigências do Auto de Infração, cujas exações tratam de retenção a menos e falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de medicamentos realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme previsto nos Convênio ICMS 76/94.

Quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram revisados e reformados pelos próprios autuantes, após a realização de duas informações fiscais, nas quais foram analisadas as provas documentais das alegações trazidas pelo sujeito passivo, tendo os prepostos fiscais acolhidas parcialmente as argumentações defensivas, quando efetivamente comprovadas, e apresentados novos demonstrativos dos valores remanescentes das aludidas exigências fiscais, consoante se pode verificar às fls. 561 a 579 dos autos, como também em decorrência da determinação de diligência pelo órgão julgador, à fl. 607 dos autos, a qual ensejou em nova análise das alegações restantes do insurgente, consoante informação e demonstrativo às fls. 621 a 628 dos autos, no qual se depurou os valores remanescentes de: R\$417.315,14 para a infração 1 e R\$7.867,85 para a infração 2, perfazendo o total de R\$425.182,99, conforme demonstrado à fl. 625, de cujo resultado o sujeito passivo tomou ciência e obteve cópia, às fls. 633/634, mantendo-se silente, de cuja apuração se fundamentou a JJF para sua Decisão, do que concordo, razão de considerar não provido o Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, vislumbro que o mesmo se restringe a dispensa ou redução da multa aplicada à primeira infração, por ter interpretado de modo equivocado a legislação pertinente, como também, em relação à segunda infração, a se insurgir contra a exigência do ICMS-ST relativo à nota fiscal nº 30.067, emitida em 01/04/10 pela Segmenta Farmacêutica Ltda, por possuir o remetente Inscrição Estadual na Bahia na condição de substituto tributário, recaindo-lhe a obrigação da retenção e recolhimento do ICMS.

Vislumbro que as razões recursais são insuficientes para a reforma da Decisão recorrida, haja vista que, em relação ao apelo da aplicação de equidade diante de razoável e justificada dúvida de interpretação do Decreto nº 7799/00, conforme foi consignado no parecer da PGE/PROFIS, “... não se trata, a hipótese dos autos, de razoável e justificada dúvida de interpretação, pois, impende destacar que o argumento do recorrente de ter feito uma denúncia espontânea “no ano de 2009, em razão da mesma interpretação equivocada”, ao invés de fortalecer, enfraquece o seu pedido, na medida em que, se já sabia tratar-se de um erro, não deveria tê-lo repetido”.

Ademais, encontra-se vigente a Lei nº 13.449/2015, a qual institui o Programa de Transação Judicial e Extrajudicial de Créditos Tributários – Programa CONCILIA BAHIA, em cujo § 3º do art. 3º está prevista a redução da multa por infração e dos acréscimos moratórios em até 85%.

Entretanto, por se tratar o Auto de Infração de lançamento de ofício anterior à revogação do art. 159 do RPAF, o qual previa a possibilidade de se requerer à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade, cabe ao recorrente, caso assim entenda, apresentar tal pedido à Câmara Superior, visto não ter competência esta Câmara para avalia-lo.

Quanto à insurgência da cobrança do ICMS-ST relativo à nota fiscal nº 30.067, comungo do entendimento consignado pelos autuantes, à fl. 564 dos autos, de que, em consonância com a cláusula 2ª, IV, do Protocolo ICMS 105/09, assinado entre os Estados da Bahia e de São Paulo, por ser o recorrente detentor de Regime Especial ao abrigo do Decreto nº. 11.872/09, no qual prevê em seu art. 2º que “Havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial de tributação, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto neste Decreto”, cabe a ele a responsabilidade pela

antecipação tributária.

Ademais, nos termos previstos no art. 125, inciso II, alínea “i”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores, caso não houvesse o aludido Regime Especial, o imposto deveria ser recolhido por antecipação pelo recorrente, antes da entrada no território deste Estado, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetuá-la em valor inferior ao estabelecido no acordo.

Sendo assim,

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298952.0103/14-9, lavrado contra **MEDISIL COMERCIAL FARMACÊUTICA E HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$425.182,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS