

A. I. Nº - 269353.0200/16-2
AUTUADO - MECFARMA DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTES - SERGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO e JOSERITA MARIA SOUSA
BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0221-01/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Imposto devido por antecipação tributária nas aquisições interestaduais de medicamentos e outras mercadorias. Cálculo do imposto devido sobre medicamentos levou em consideração a redução da base de cálculo de 28,53%, conforme § 1º do art. 1º do Decreto nº 11.872/2009. Retirada a exigência sobre produtos da NCM 2106 e 8212, pois a responsabilidade era do remetente que tinha inscrição ativa no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia. Infrações 1 e 2 subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Exigência de multa sem cobrança do imposto em razão das saídas subsequentes terem sido tributadas, nos termos do § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Infração 3 subsistente. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. IMPOSTO INFORMADO NO REGISTRO DE APURAÇÃO. Imposto a recolher foi informado no registro de apuração da EFD. Infração 4 subsistente. 4. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Demonstrado uso de crédito fiscal destacado em documentos fiscais nas aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Infração 5 subsistente. 5. DMA COM INFORMAÇÕES DIVERGENTES. Multa pela entrega da DMA com dados divergentes do escriturado no registro de apuração. Infração 6 subsistente. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/06/2016, formaliza a exigência de ICMS e multa no valor total de R\$4.319.386,07 em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (07.01.01) - deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação ou do exterior (07.01.01), ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.296.737,78, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. O autuante acrescenta que apurou o ICMS utilizando a MVA do Convênio ICMS 76/94 e que considerou a redução da base de cálculo de 28,53% por ser o autuado signatário do termo de acordo do Decreto nº 11.872/09.

INFRAÇÃO 2 (07.01.01) - deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação ou do exterior (07.01.01), ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.855.969,74, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. O autuante acrescenta que apurou o ICMS utilizando a MVA do Convênio ICMS 76/94 e que considerou a redução da base de cálculo de 28,53% por ser o autuado signatário do termo de acordo do Decreto nº 11.872/09.

INFRAÇÃO 3 (07.15.03) - multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, ocorrido nos meses de janeiro de 2013 a setembro de 2014, sendo exigida multa no valor de R\$192.626,19, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 (02.01.01) - deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, ocorrido nos meses de agosto a novembro de 2013 e de março a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$634.689,20, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 (01.02.05) - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, ocorrido nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$339.223,16, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 (16.05.11) - declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA, ocorrido no mês de março de 2013, sendo exigida multa no valor de R\$140,00, prevista na alínea "c" do inciso XVIII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 182 a 187, demonstrando, inicialmente, a sua tempestividade. No mérito, destaca que na exigência das infrações 1 e 2 mais da metade das vendas autuadas seriam decorrentes das vendas de medicamento para clientes que não estavam enquadrados como hospitais clínicas e órgãos públicos. Diz que estas infrações não possuem embasamento legal, visto que consoante assumido pelo próprio autuante, em sua justificativa para a autuação, o critério “diferença entre ST e PMC” foi utilizado com base num artigo publicado na revista publicada pela ABCFARMA.

Entende que o direito tributário deve obedecer ao princípio da estrita legalidade, previsto constitucionalmente, não sendo, portanto, possível a utilização de critérios não previstos em lei para constituir crédito tributário. Alega existir outro equívoco no cálculo do imposto devido, pois ultrapassou o patamar de R\$500.000,00, razão pela qual deveria ser refeita a auditoria.

Em relação à infração 3, diz que, como é consequência da infração anterior (nº 1 e 02), deve ser considerada inexistente já que as anteriores devem também ser assim consideradas, pois o acessório seguirá o destino da obrigação principal. Entretanto, requer que, caso as infrações 01 e 02 sejam procedentes em parte, deve ser retificada a presente infração a fim de que seja abatido o seu valor de forma proporcional a referida redução.

O autuado apresenta argumentações em separado da infração com código 02.01.01, em uma repete a infração como sendo a de nº 3 e na outra coloca como sendo a de nº 4. Na primeira argumentação, alega ser indevida a cobrança, pois as notas fiscais do período de 08/2013 a 12/2014 foram devidamente escrituradas no Livro de Registro de Saídas.

Na argumentação seguinte acerca da infração com código 02.01.01, que figura no Auto de Infração como sendo a de nº 4, alega que possui até o 25º dia do mês seguinte para proceder o recolhimento do imposto, com base no artigo 333, § 2º do RICMS/BA. Não existindo recolhimento intempestivo nos meses mencionados. Acrescenta que, de acordo com os produtos integrantes das informações fiscais, os produtos tributados com CST 060 na saída são tributos de fato que seguem o regime da substituição tributária, não havendo o que se falar em ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Em relação á infração 05, o autuado entende que não merece prosperar porque, de acordo com as planilhas anexadas ao referido Auto de Infração, os créditos de ICMS utilizados não são de mercadorias objeto do regime de substituição tributária.

Em relação à infração 6, também entende que não pode prosperar, pois as DMAS foram devidamente declaradas com base no livro de registro e apuração do ICMS. Diz que inexiste divergência apontada entre os valores apurados por este contribuinte e aqueles declarados. As divergências encontradas são as supostamente objeto das infrações ora autuadas no presente

Auto de Infração. Desta forma é desarrozoada e desproporcional a multa ora aplicada em função da suposta inocorrência na presente infração.

O autuado requer a total improcedência deste Auto de Infração e protesta pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a posterior juntada de documentos bem como a perícia contábil, sob pena de cerceamento de defesa. Requer, ainda, que toda e qualquer decisão referente a presente autuação seja expressamente motivada sob pena de nulidade.

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 196 a 199. Argumentam que, em relação às infrações 1 e 2, o ICMS devido por antecipação tributária foi apurado com o uso da MVA prevista no Convênio ICMS 76/94. Quanto à alegação de que a exigência fiscal não deve prosperar em razão da cobrança de valor superior a R\$ 500.000,00, os autuantes não acolhem pois não vem acompanhada de elementos que embasem o pedido.

Em relação à infração 3, os autuantes também não acatam as argumentações do autuado de que não deve prosperar porque está vinculada às infrações anteriores que, no entender do autuado, são improcedentes. Afirmam que não há sustentação na alegação pois esta infração trata apenas de operações sujeitas ao regime normal de apuração.

Os autuantes alertam que foi apresentada defesa em relação à infração 3 em duplicidade, sendo a subsequente referente a exigência que não consta no Auto de Infração, “*falta de recolhimento no prazo regulamentar ICMS referentes a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios*”.

Em relação à infração 4, os autuantes reiteram que, do valor lançado no livro de apuração, foram abatidos os valores referentes a débitos declarados. Informam que as DMA's dos períodos reclamados foram entregues zeradas e que não houve apresentação de comprovantes de recolhimento do imposto.

Em relação à infração 5, os autuantes também não acatam as alegações do autuado porque não foram indicados quaisquer elementos que pudessem elidir a exigência. Apenas limitou-se a dizer que os créditos fiscais referiam-se a mercadorias que não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em relação à infração 6, os autuantes confirmam que a DMA referente a todos os meses de 2013 e 2014 foram entregues com dados divergentes dos constantes no livro de apuração. Informam que o autuado alega o contrário, mas não apresenta qualquer documento que sustente a declaração.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Indefiro o pedido de perícia contábil, pois não veio acompanhado de fundamentos que justificassem a sua adoção.

As infrações 1 e 2 referem-se a exigência de imposto devido por antecipação tributária. A exigência fiscal engloba mercadorias incluídas no regime de substituição tributária por força de vários acordos interestaduais e não somente do Convênio ICMS 76/94.

O autuado é detentor do regime especial de tributação previsto no Decreto nº 11.872/09, que lhe atribui a condição de sujeito passivo por substituição tributária em relação às mercadorias que especifica. Entretanto, esta atribuição não o torna responsável em relação a qualquer outra mercadoria, a menos que haja previsão expressa no respectivo acordo interestadual.

Desta forma, a atribuição da responsabilidade ao autuado nas aquisições de mercadorias não especificadas no Decreto nº 11.872/09 estaria sujeita ao atendimento de regras específicas em cada acordo interestadual ou ao fato do remetente não possuir inscrição ativa no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, conforme disposto no inciso XV do art. 6º da Lei nº 7.014/96.

Assim, da análise das mercadorias não especificadas no Decreto nº 11.872/09, que constam nos arquivos denominados “Ant_trib_EFD_2013” e “Ant_trib_EFD_2014”, em CD à fl. 151, concluo que tratam-se de mercadorias cujos remetentes não possuíam inscrição ativa no cadastro de

contribuintes do ICMS do Estado da Bahia ou o próprio acordo interestadual admitia a transferência da responsabilidade ao autuado por força do regime especial que lhe atribuiu a condição de substituto tributário, conforme Decreto nº 11.872/09.

Voto pela procedência das infrações 1 e 2.

Em relação à infração 3, não houve conexão entre as argumentações da defesa e o reclamado no Auto de Infração. Foi exigida multa pela falta de pagamento da antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme demonstrado nas planilhas denominadas “Ant_parcial_2013” e “Ant_parcial_2014” em CD à fl. 151. Não há qualquer relação de consequência das infrações 1 e 2 com a infração 3. A aplicação da multa prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 sem exigência do tributo se dá por conta de que houve recolhimento do imposto nas saídas subsequentes, conforme § 1º do art. 42 da citada lei. Voto pela Procedência da infração 3.

Em relação à infração 04, mais uma vez a defesa apresentada não trouxe elementos que pudessem refutar a acusação claramente demonstrada na planilha denominada “ICMS_lançado_não_recolh” em CD à fl. 151 e em papel à fl. 103. Os valores declarados pelo autuado no registro de apuração da EFD não foram recolhidos (fls. 23 a 34) e as DMAs apresentadas nos respectivos períodos estavam zeradas (fls. 152 a 175). Voto pela procedência da infração 4.

Em relação à infração 5, não procede a alegação do autuado de que as mercadorias, cujo crédito fiscal está sendo glosado, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária. De acordo com a listagem das fls. 106 a 149, tratam-se de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e o autuado não deveria utilizar o imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição como crédito fiscal para compensação com o débito fiscal apurado. Voto pela procedência da infração 5.

Em relação à infração 6, o autuado insurge-se contra a cobrança de multa no valor de R\$ 140,00, exigida em razão de não ter informado na DMA os valores de ICMS apurados no registro de apuração, por considerar “dezarrazoada e desproporcional”. O autuado deixou de transportar corretamente para a DMA os valores referentes ao movimento das operações realizadas em todos os meses de 2013 e 2014, em total negligência ao cumprimento das obrigações acessórias previstas na legislação. Voto pela procedência da infração 6.

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 269353.0200/16-2, lavrado contra **MECFARMA DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.126.619,88**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas percentual no valor de **R\$192.626,19** e por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, previstas, respectivamente, nos incisos II, “d” e VIII, “c”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR