

PROCESSO - A. I. N° 207106.0012/15-3
RECORRENTE - GIL FARMA COMERCIAL FARMACÊUTICOS LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0210-02/15
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/05/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0093-11/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO MENOS. Demonstrativos originais contemplam créditos fiscais a menos que o destacado em documentos fiscais de aquisição das mercadorias. Apuração do imposto sem considerar os benefícios fiscais previstos no Decreto nº 11.872/09 combinado com o Decreto nº 7.799/00, quanto à opção de apurar o ICMS-ST utilizando redução da base de cálculo de 28,53% de modo que a carga tributária corresponda a 12,15% ou porcentual de 16%, desde que não seja inferior a 3% do Preço Médio para o Consumidor (PMC). Diligência fiscal refez os cálculos o que implicou na redução do débito. Infração procedente em parte. Modificada a Decisão recorrida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOR. Documentos juntados aos autos não comprova as alegações de que os produtos objeto da autuação são enquadrados no regime de substituição tributária ou tiveram recolhimentos com base naquele regime. Infração procedente. Mantida a Decisão recorrida quanto a este item. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Voluntário interposto, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida pela 2ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 25/06/15, para exigir ICMS no valor de R\$442.727,50, decorrente das seguintes infrações:

1. *Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas, de e/ou exterior. Compra de medicamentos para comercialização em outras unidades federação - R\$435.159,03.*
2. *Recolheu a menor ICMS Antecipação Parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização - R\$7.568,47.*

Na Decisão proferida a 2ª JJF (fls. 68 a 70) apreciou que:

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto e aplicando multa decorrente de 02 (duas) infrações.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades federativas, de e/ou exterior.

Em sua defesa o autuado alega que pagou todo o ICMS substituição tributária em sua totalidade, conforme o Termo de Acordo deferido em 22 de fevereiro de 2010, sob nº 2556/2010, de acordo com o Dec. 11.872 de 04 de Dezembro de 2009, conforme planilhas de cálculos e DAE`s acostados pela defesa.

O argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, pois, conforme se observa do exame dos demonstrativos acostados aos autos, os quais embasaram a autuação, uma vez que, de acordo com o Decreto 11.872/09, que trata da redução da base de cálculo para que a alíquota resultante do ICMS, nas aquisições de medicamentos de outras unidades da Federação, seja de 12,15%, foi observado pela fiscalização, a qual foi aplicada sobre a Base de Cálculo prevista na Cláusula Segundo do Convênio ICMS nº 76/94.

O citado dispositivo determina que nas vendas de medicamentos por atacadista para farmácias os mesmos devem tomar como base de cálculo para o cálculo da Substituição Tributária o Preço Médio para o Consumidor (PMC), constado nas Notas Fiscais Eletrônicas.

Portanto, conforme destacado pelo autuante, o Termo de Acordo a que se refere o autuado não foi preferido nem violado em nenhum cálculo para a apuração do débito de ICMS a recolher. O fato gerador se dá com a aquisição de medicamentos para a comercialização, que de fato e de direito ocorreu. Tanto é que o autuado recolheu a menor ICMS tomando por base essa mesma base de cálculo. A diferença entre o ICMS apurado pela fiscalização e o recolhido pelo o autuado ocorreu pelo fato da mesma calcular o ICMS devido utilizando a MVA, exclusivamente, para o cálculo do ICMS Substituição Tributária por Antecipação, quando deveria ter utilizado o Preço Médio para o Consumidor (PMC), constantes das notas fiscais eletrônicas.

Assim, a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter recolhido a menor ICMS Antecipação Parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

Em sua defesa o sujeito passivo alega, genericamente, que pagou o ICMS devido pelo regime da Substituição Tributária. Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, considerando que o autuado não acostou aos autos comprovação de que as mercadorias, objeto da presente autuação, encontram-se enquadradas no referido regime. Também, não comprovou ter efetuado o recolhimento devido.

Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Logo, à infração 02 restou caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 81 a 89), o recorrente requer a juntada de documentos referidos na defesa inicial: notas fiscais emitidas em 2011 (doc. 3) seguido dos cálculos do ICMS-ST para procurar provar que efetuou os pagamentos do imposto, com cópias dos DAEs.

Requer que caso não seja acolhido, que seja deferida a realização de perícia nos termos do art. 145 do RPAF/BA, pois as notas fiscais apresentadas (2011) refletem a realidade fiscal.

Ressalta a tempestividade do Recurso e requer que seja declarada a nulidade da autuação, por entender que estão ausentes os elementos suficientes para determinar com segurança a infração.

No que se refere à infração 1, diz que é descrita que efetuou recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, com relação à compra em outros Estados, de medicamentos destinados a comercialização, com enquadramento nos artigos 371 e 125, II, “b” c/c o art. 61, tudo do RICMS/97.

Já a infração 2, é descrita que recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, relativo a mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, destinadas a comercialização, com enquadramento no art. 61, IX; 125, II, §§7º e 8º, e 352-Ado RICMS/97.

Contesta que não descumpriu o previsto no art. 61, IX, visto que a base de cálculo do valor da operação foi feita com base no que foi consignado nas notas fiscais de aquisição das mercadorias e indevido o enquadramento no art. 125, II, §§7º e 8º por ser “inexistentes os parágrafos aplicados”.

Argumenta que os erros apontados dão causa a nulidade da autuação, dado a falta de segurança, bem como da “ausência da entrega, ao autuado, e ausência de indicação no PAF da fonte relativa aos preços dos produtos, utilizados na composição da base de cálculo do tributo”.

Afirma que o requisito material constitui elemento da composição da base de cálculo, atingindo a existência do crédito tributário, conforme decidido no Acórdão CJF 0376-11/15 para reforçar o argumento de que não houve clareza nos cálculos; indicação da MVA e coleta de PMC.

Também que foi indicado como pagamentos efetuados apenas os valores consignados na base de dados do sistema INC e SIGAT da Sefaz/BA e lançados em Autos de Infração, Notificações Fiscais e Denúncias Espontâneas e Débitos Declarados, referentes a cada mês de apuração.

Argumenta que foram desconsiderados pagamentos efetuados conforme documentos acostados às fls. 587/610 678 a 704, bem como não observado o Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA, aplicando de forma aleatória alíquota de 12,15%, desconsiderando a opção estabelecida no art. 1º, §§1º e 2º com redução da base de cálculo em 28,53% de modo que a carga tributária corresponda a 12,15% (fls. 62 e 63); ou aplicação do porcentual de 16%, desde que o valor apurado não seja inferior a 3% do preço máximo de venda a consumidor (PMC).

Conclui afirmando que os vícios de gravidade impossibilitam correção ou retificação, motivo pelo qual requer seja declarada a sua nulidade, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

E que, se ultrapassada, que celebrou Termo de Acordo com a SEFAZ/BA, que permite aplicação da alíquota de 12,15%, ou ainda, calcular o ICMS-ST de forma simplificada com a aplicação do porcentual de 16% sobre o valor da aquisição, desde que não seja inferior a 3% do PMC.

Afirma que, não fica restrito apenas a aplicação da alíquota de 12,15%, podendo apurar o ICMS-ST por meio de uma das formulas previstas no art. 1º do Decreto nº 11.872/09, optando pela forma mais benéfica, desde que não recolha valor inferior a 3% do PMC, o que foi corroborado pelo Parecer 02448/15 da GECOT/GETRI a consulta formulada pela Associação das Dist. de Medicamentos.

No tocante à infração 2, relativo à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, afirma que a conduta prevista no art. 61, IX do RICMS/97 não se adequa a situação fática, visto que não desconsiderou a verdadeira base de cálculo constante das notas fiscais o que foi feito pela fiscalização atribuindo valores distintos dos que constam nos documentos fiscais e que “*Um dos motivos para tal desencontro consiste no fato de que o autuante desconsiderou PMC em muitas Notas, aplicando para cálculo do imposto a Margem de Valor Agregado*”.

Também que são inexistentes os parágrafos 7º e 8º do art. 125 do RICMS/97, inexistindo os efeitos jurídicos visto que não há correta determinação da infração, configurando sua nulidade.

Em seguida, afirma que houve erro na determinação da base de cálculo, com discriminação de créditos fiscais divergentes dos constantes nas notas fiscais e relaciona às fls. 86 e 87, as Notas Fiscais de nºs 53.796, 54160, 34167, 13162, 9594, 23773, (mês de janeiro/2011); indicando os valores de créditos constantes nas notas fiscais e o considerado pelo autuante; indicação de alíquota errada, (7% ao invés de 12%), e também divergências na base de cálculo constante da nota fiscal e a utilizada pelo autuante, bem como não consideração de valores pagos que indicou.

Comenta a informação fiscal, na qual o autuante afirma que aplicou a alíquota de 12,15% em todas as operações, mas que o autuado calculou o ICMS-ST devido utilizando a MVA.

Afirma que isto gerou uma verdadeira confusão, visto que a empresa sempre calculou o ICMS-ST com base no PMC listada na tabela ABC Farma, e aplicou a MVA, quando inexistente o PMC.

Afirma que o simples fato do autuante afirmar que aplicou 12,5% em todas as operações é suficiente para julgar o Auto de Infração improcedente, dado ao regime especial (Decreto nº 11.872/09).

Por fim, ressalta que a multa aplicada de 60% é prevista para contribuinte que apura o imposto por antecipação pelo regime normal e sendo detentor de regime especial, não lhe cabe esta multa.

E ainda, que o porcentual da multa é confiscatória, o que é vedado pelo art. 150, IV da CF 88. Requer a redução da multa para se adequar a infração cometida, mesmo porque não houve cometimento de dolo ou fraude para apuração do ICMS, com a juntada de DAEs de pagamento.

Diz que mesmo que diante das razões expostas seja julgada procedente a autuação, deve ser levado em consideração os valores do ICMS-ST pago no exercício de 2011, mesmo porque o

autuante é detentor destas informações, bem como dos DAEs acostados aos autos.

Finaliza requerendo que seja acolhido as preliminares de nulidades suscitadas e subsidiariamente que seja acolhido os fundamentos apresentados para declarar improcedente a autuação.

A PGE/PROFIS no Parecer de fls. 1269/1271, inicialmente comenta a infração, defesa, informação fiscal e julgamento promovido pela 2^a JJF e razões do Recurso.

Afirma que o recorrente insiste no argumento de que pagou o ICMS-ST em conformidade com o Termo de Acordo, porém o cálculo do imposto foi feito de acordo com a Cl. 2^a do Convênio ICMS 76/94, aplicando alíquota de 12,5% tomando como base o PMC. Ressalta que a diferença apurada ficou caracterizada em razão de o autuado ter calculado o “*ICMS devido utilizando a MVA, exclusivamente, para o cálculo do ICMS-ST, quando deveria ter utilizado o PMC constantes das notas fiscais*”. Conclui que deve ser mantida na íntegra a infração 1.

No que se refere à infração 2, afirma que o recorrente alega que pagou o “*ICMS devido pelo regime de Substituição Tributária*”, mas não acostou aos autos prova de que as mercadorias objeto da autuação são enquadradas no citado regime, nem comprovou seu pagamento.

Ressalta que de acordo com o art. 123 do RPAF/BA, o sujeito passivo deve juntar com a impugnação todas as provas que tiver e o art. 143 do mesmo regulamento prevê que a simples negativa de cometimento das infrações, não desonera da presunção de veracidade da autuação.

Opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Em 27/09/16, esta 1^a CJF determinou a realização de diligência fiscal, no que se refere à infração 1.

Foi contextualizado que deveria refeita a base de cálculo do ICMS-ST exigido relativo a:

- A) Recolhimento já efetuado mediante GNRE (fls. 25 a 1263) e lançados em AI e Denúncias Esp. ;
- B) Corrigir os porcentuais de alíquota indicados errados (7% ao invés de 12% - fls. 86 e 87);
- C) Aplicar as regras previstas no Termo de Acordo, considerando a opção de cálculo (art. 1º, §§1º e 2º do Dec. 11.872/09, com RBC de 28,53% de modo que a carga tributária corresponda a 12,15% - fls. 62 e 63); ou porcentual de 16%, desde que não seja inferior a 3% do PMC (fls. 678 a 704).

Na segunda informação fiscal prestada (fl. 1278) o autuante afirmou que “*recalculamos os valores do ICMS-ST para medicamentos a serem recolhidos, nos termos do Art. art. 1º, § 3º e 4º do Dec. 11.872/09, alterado pelo Dec. 14.073 de 30/07/12*” e com o novo cálculo, o crédito reclamado que era de R\$435.159,03 caiu para R\$29.252,46.

Esclarece que os cálculos foram efetuados tomando como base Parecer expedido pela SEFAZ/BA (Parecer SAT/DITRI/GECOT nº 2448/2015 fls. 1280 a 1282).

Cientificado do resultado da diligência, o recorrente se manifestou (fls. 1311/1314).

Inicialmente comenta a diligência determina pela 1^a CJF, o resultado da diligência e dos novos demonstrativos que culminaram na redução do débito e tempestividade da manifestação.

Diz que embora o débito tenha sido reduzido em mais de quatrocentos mil reais, ainda merece reparos, conforme passou a expor.

Afirma que o demonstrativo de cálculo o autuante utilizou “alíquota” de 12,15% porém, conforme previsto no Decreto nº 11.872/09 o contribuinte tem a prerrogativa de reduzir a base de cálculo em 28,53% de modo que a carga tributária corresponda a 12,15%, ou mediante aplicação do porcentual de 16% sobre o valor da aquisição, desde que o valor apurado não seja inferior a 3% do PMC.

Ressalta que conforme demonstrado em planilhas de cálculos juntadas ao processo, os recolhimentos realizados estão em obediência à legislação tributária, não resultando em pagamento a menos do ICMS-ST, conforme DAEs juntados ao processo.

Anexa a título de demonstração cópias de Notas Fiscais de nºs 71613, 448373, 45164, 2069, 2130, 7312, 48598, 13570 e 37672 (fls. 1315/1339).

Reitera os pedidos feitos no Recurso apresentado considerando os comprovantes de pagamentos juntados aos auto, notas fiscais, cálculos e argumentos apresentados.

Na terceira informação fiscal (fl. 1343) o autuante afirma que o contribuinte apresentou comprovantes de pagamentos do ICMS-ST “em meses diferentes daqueles da emissão da referida Nota” e que após efetuar as devidas correções, o crédito reclamado foi reduzido para R\$15.777,79;

Na manifestação acerca da informação fiscal, o recorrente comenta a sequencia dos fatos, dos cálculos realizados a partir da realização da diligência fiscal e diz que objetivando a resolução do conflito, efetuou o recolhimento exigido pelo órgão fazendário e reque que “*seja afastada a multa administrativa, conforme previsão da Lei nº 7.014/1966*”.

O autuante prestou a quarta informação fiscal, comenta os fatos, o acatamento do pagamento do débito remanescente e afirma que quanto ao pedido de afastamento da multa, ressalta que não há previsão na Lei nº 7.014/96 e requer que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

VOTO

O Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão JJF 210-02/15 que julgou Procedente as infrações 1 que acusa recolhimento a menos do ICMS-ST (medicamentos) e na infração 2, também de recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial (aquisições de mercadorias destinadas à comercialização).

Inicialmente cabe apreciar os pedidos de nulidades suscitado sob os argumentos de que na apuração da base de cálculo do ICMS-ST não foram considerados todos os pagamentos efetuados e que não foi considerado as opções previstas no Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA, de acordo com as regras estabelecidas no Decreto nº 7.799/00.

Observo que os argumentos apresentados decorrem de aspectos materiais, cujas provas foram juntadas pelo sujeito passivo ao processo e esta 1ª CJF determinou a realização de diligências fiscais, promovendo os ajustes necessários ao saneamento do lançamento, cujos resultados foram dados ciência ao contribuinte para se manifestar. Dessa forma, entendo que as providências saneadoras adotadas evidenciam que as falhas materiais contidas no lançamento eram passíveis de correções (art. 18, §1º do RPAF/BA) o que afasta a nulidade pretendida.

Da mesma forma, com relação ao pedido de realização de perícia fiscal em seus livros e documentos, constato que as medidas saneadoras adotadas demonstram a sua desnecessidade, motivo pelo qual fica indeferida nos termos do art. 147, II, “b” e art. 150, II, do RPAF/BA.

No mérito, quanto à infração 1 (recolhimento a menos do ICMS-ST), observo quanto à alegação defensiva de que apurou e pagou todo o ICMS-ST, na forma prevista no Decreto nº 11/872/09 e Termo de Acordo firmado com a SEFAZ/BA (Decreto nº 7.799/00) a 2ª JJF fundamentou sua Decisão afirmando que os demonstrativos acostados aos autos, “*de acordo com o Decreto 11.872/09, que trata da redução da base de cálculo para que a alíquota resultante do ICMS, nas aquisições de medicamentos de outras unidades da Federação, seja de 12,15% foi observado pela fiscalização, a qual foi aplicada sobre a Base de Cálculo prevista na Cl. Segundo do Convênio ICMS nº 76/94*”.

Diante da irresignação do recorrente contra a Decisão e juntada de documentos fiscais, esta 1ª CJF determinou a realização de diligência fiscal (fls. 1274 e 1275), a qual foi cumprida pelo autuante.

Nos demonstrativos refeitos (fls. 1283 a 1306), o diligente em atendimento ao que foi determinado, efetuou correções:

- 1) Dos porcentuais de alíquota indicados errados (7% ao invés de 12%), a exemplo da nota fiscal nº 53.793 (fl. 708), cujo demonstrativo original à fl. 06 indicou valor do crédito fiscal de R\$93,16 pela alíquota de 7% quando o correto era a alíquota de 12%, por a mercadoria ter sido adquirida no Estado de Pernambuco, o que resultou em crédito fiscal de R\$159,70;
- 2) Considerou o cálculo previsto no art. 1º, §§1º e 2º do Dec. 11.872/09, optando pela RBC de 28,53%

de modo que a carga tributária corresponda a 12,15% ou porcentual de 16%, desde que não seja inferior a 3% do PMC (fls. 1283 a 1306).

O que resultou na redução do débito de R\$435.159,03 para R\$29.252,46.

Na manifestação acerca do resultado da diligência fiscal, o recorrente alegou que diversas Notas Fiscais (nºs 71613, 448373, 45164, 2069, 2130, 7312, 48598, 13570 e 37672 - fls. 1315/1339), foram incluídas nos demonstrativos em meses que diferem da entrada da mercadoria e que não foi observado à prerrogativa de reduzir a base de cálculo em 28,53% (carga tributária correspondente a 12,15%), ou aplicação do porcentual de 16% sobre o valor da aquisição, desde que o valor apurado não seja inferior a 3% do PMC.

Observo que na terceira informação fiscal o autuante efetuou novas correções nos demonstrativos refeitos por determinação desta 1ª CJF. Tomando por exemplo a Nota Fiscal nº 71.613 (fl. 1315) constato que a mesma foi emitida por contribuinte estabelecido no Estado de Goiás cuja hora de saída ocorreu às 16:52 do dia 28/01/11. A fiscalização incluiu a referida Nota Fiscal na apuração do mês de janeiro/11 (fl. 1283) o que foi corrigido no demonstrativo com a inclusão na apuração do mês de fevereiro/11 (fl. 1345), situação que considero razoável visto que a acusou o seu recebimento no dia 02/02/11. O mesmo ocorreu com as demais notas fiscais acima identificadas.

Quanto ao segundo argumento, de que não foi observada a opção mais vantajosa entre a redução da base de cálculo em 28,53% de modo que a carga tributária correspondesse a 12,15%, ou aplicação do porcentual de 16% sobre o valor da aquisição, desde que o valor apurado não seja inferior a 3% do PMC, observo que diante dos demonstrativos refeitos pela fiscalização na terceira informação fiscal (fls. 1344 a 1366), os mesmos foram acatados pelo recorrente, motivo pelo qual, não tendo sido contestados, considero que atenderam ao seu pedido.

Por tudo que foi exposto, considero que em atendimento a diligência determinada por esta 1ª CJF, foram corrigidas às inconsistências na apuração da base de cálculo da infração 1, relativo à indicação incorreta de alíquotas ou aplicação a opção de cálculo prevista no art. 1º, §§1º e 2º do Decreto nº 11.872/09, com RBC de 28,53% de modo que a carga tributária corresponda a 12,15% ou porcentual de 16%, desde que não seja inferior a 3% do PMC.

Acato os demonstrativos refeitos pela fiscalização às fls. 1344 a 1366, o que resulta na redução do débito original de R\$435.159,03 para R\$15.777,79, modificando a Decisão recorrida pela Procedência em Parte da infração 1, conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa%	Valor devido	Fl.
31/01/11	09/02/11	10.502,12	17,00	60,00	1.785,36	1345
28/02/11	09/03/11	13.491,53	17,00	60,00	2.293,56	1348
31/03/11	09/04/11	430,71	17,00	60,00	73,22	1350
30/04/11	09/05/11	0,00	17,00	60,00	0,00	1352
31/05/11	09/06/11	0,00	17,00	60,00	0,00	1353
30/06/11	09/07/11	0,00	17,00	60,00	0,00	1355
31/07/11	09/08/11	0,00	17,00	60,00	0,00	1358
31/08/11	09/09/11	310,65	17,00	60,00	52,81	1360
30/09/11	09/10/11	39.946,65	17,00	60,00	6.790,93	1362
31/10/11	09/11/11	0,00	17,00	60,00	0,00	1363-A
30/11/11	09/12/11	28.128,88	17,00	60,00	4.781,91	1365
31/12/11	09/01/12	0,00	17,00	60,00	0,00	1366
Total					15.777,79	

No que se refere à infração 2 (recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial) o recorrente alegou que a fiscalização atribui valores distintos dos que constam nos documentos fiscais e que um dos motivos foi que “desconsiderou PMC em muitas Notas, aplicando para cálculo do imposto a Margem de Valor Agregado”. Diz que cumpriu o previsto no art. 61, IX do RICMS/97.

Observo que na Decisão proferida pela primeira instância, foi fundamentado que o autuado alegou que pagou o ICMS pelo regime da Substituição Tributária, mas “não acostou aos autos

comprovação de que as mercadorias, objeto da presente autuação, encontram-se enquadradas no referido regime. Também, não comprovou ter efetuado o recolhimento devido”.

Pela análise dos documentos acostados ao processo constato que a empresa juntou ao processo algumas notas fiscais relacionadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização, sendo que:

- A) Nota Fiscal nº 8563 emitida em 27/01/11 (fl. 107) relaciona diversas mercadorias enquadradas e não enquadradas no regime de substituição tributária. Porém, o produto que foi relacionado no demonstrativo à fl. 31 é Gel Lubrificante que não está enquadrado no regime de ST, e o valor de R\$569,27 é do ICMS de R\$35,85 foram empregados no cálculo do ICMS antecipação parcial;
- B) Da mesma forma, os produtos Termômetro e Aparelho de Pressão relacionados na Nota Fiscal nº 3.332 (fl.108) indica valor de R\$1.607,63 (R\$696,96, R\$149,28 e R\$759,96) cujo crédito no valor de R\$112,53 foi considerado na apuração do ICMS antecipação parcial.

O mesmo procedimento ocorre com os demais produtos consignados nas notas fiscais juntadas às fls. 109 a 123 que indicam filmes, boldo, erva doce, azeite doce, óleo de amêndoas, protetores não são enquadrados no regime de substituição tributária.

Observo ainda que algumas delas não estão relacionadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização, a exemplo da Nota Fiscal nº 16.492 emitida em 27/01/11 (fl. 118) que não está relacionada no demonstrativo elaborado pela fiscalização, juntado às fls. 31 a 42.

Pelo exposto, restou comprovado que os documentos juntados com o Recurso interposto, não faz prova das alegações formuladas pelo sujeito passivo de que as mercadorias objeto da autuação são enquadradas no regime de substituição tributária, ou que tiveram o imposto pago por aquele regime. Como o recorrente juntou documentos fiscais mas não apontou de forma objetiva quais mercadorias estariam sujeitos ao regime de ST e quais valores foram recolhidos, não acolho os argumentos recursivos, ficando mantida a Decisão pela Procedência da infração 2.

Por fim, quanto ao pedido de que “*seja afastada a multa administrativa, conforme previsão da Lei nº 7.014/1966*” observo que nas duas infrações, a multa aplicada prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 decorrem de descumprimento de obrigação principal, portanto é legal.

Por sua vez, o art. 158 do RPAF/BA e §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, preveem que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo e como na situação presente, as multas decorrem de descumprimento de obrigação principal, este órgão julgador não possui competência legal para reduzir ou cancelar.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Auto de Infração, pela Procedência em Parte da infração 1, com redução do débito de R\$435.159,03 para R\$15.777,79, mantendo-se inalterada a decisão no valor de R\$7.568,47 relativo a infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207106.0012/15-3, lavrado contra **GIL FARMA COMERCIAL FARMACÊUTICOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.346,26**, 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, 06 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

