

PROCESSO - A. I. N° 022078.0001/15-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CONFIANÇA COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. (TINAFARMA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0202-04/16
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0243-12/17

EMENTA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS PARA USO HUMANO). RETENÇÃO DO IMPOSTO A MENOS. 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. Diante de provas documentais trazidas pelo defendant, foram feitos os cálculos, e os débitos originalmente apurados ficaram reduzidos. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Temos em análise os Recursos de Ofício contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 03/11/2015 para cobrar ICMS no valor histórico de R\$266.180,46, em decorrência da seguinte infração:

Infração 02 - Efetuou o recolhimento a menor de 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. Período: 21, 22, 23, 24 e 30/07/2015. ICMS no valor de R\$226.782,98 e multa de 60%.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 01/11/2016 (fls. 205 a 212) e decidiu pela Procedência Em Parte das exigências, em Decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

A grande discussão deste processo prende-se ao entendimento exposto pelo autuado de que o imposto somente poderia ser exigido a partir da data de sua ciência à revogação do seu Termo de Acordo que havia celebrado com a Secretaria da Fazenda, enquanto que o autuante advoga de que a data limite era de 20/07/2015, quando da finalização do parecer acima indicado pela autoridade administrativa, uma vez que o contribuinte estava obrigado a conhecer a sua sujeição ao regime especial de fiscalização através de consulta ao sistema da SEFAZ. Assim, obrigado a exigir do fornecedor o pagamento do ICMS-ST sob pena de ser responsável solidário dos valores exigidos na autuação.

Inicialmente e de forma bastante suscinta, o direito público tem como escopo principal disciplinar os interesses sociais e, portanto, os interesses do próprio Estado. Em assim sendo, o processo do seu agir deve estar formalmente descrito pela norma jurídicaposta para que possa atingir seus objetivos (direito material), devendo ser executado, por exemplo, através de atos administrativos formais e legais.

E a revogação de um ato administrativo, legal e eficaz, é realizada pela Administração Pública, e somente por ela, com base do seu poder discricionário, por não mais ser conveniente ao interesse público.

No entanto, os efeitos do ato revogado somente se darão a partir do momento da sua vigência, sendo válidos todos os procedimentos, quer públicos ou privados, conduzidos sob a obediência no ato até então válido e eficaz.

E não se pode esquecer que tais atos são regidos pelos princípios constitucionais, a exemplo da ampla defesa, do contraditório, da publicidade e da legalidade, que são princípios balisadores do sistema normativo

da Nação Brasileira e não meras normas jurídicas. Em assim sendo, a obediência, pela Administração Pública, aos princípios constitucionais é premissa básica ao seu agir.

Como bem coloca o Prof. Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 156.)

“No Direito Público o que há de menos relevante é a vontade do administrador. Seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos, não têm eficácia administrativa, nem validade jurídica, se não estiverem alicerçados no Direito e na Lei. Não é a chancela da autoridade que valida o ato e o torna respeitável e obrigatório. É a legalidade a pedra de toque de todo ato administrativo”.

E, para o caso específico deste processo, atendo-me ao princípio da publicidade. Por tal princípio constitucional, todo ato administrativo deve ser publicado visando produzir os seus efeitos externos, só sendo admitido sigilo nos casos de segurança nacional, interesse policial ou interesse sigiloso. E esta publicação, embora não tenha, necessariamente, de ser feita através do Diário Oficial, é de crucial importante ser dada a conhecer à parte interessada, para, conforme dito, produzir todos os seus efeitos legais, momento em que o interessado possa cumprir sua determinação ou mesmo impugná-la (condição de eficácia).

Afora que ainda deve ser observada a data inicial de vigência desta publicação.

O RPAF/BA ainda obedecendo às determinações do anterior Código de Processo Civil - CPC, assim determina:

Art. 22. Os prazos processuais serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento.

§ 1º Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou onde deva ser praticado o ato.

No entanto, no seu art. 180 dispõe que:

Art. 180. Aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil.

E este ora vigente (lei nº [13.105, de 16/03/2015](#)) assim dispõe:

Art. 230. O prazo para a parte, o procurador, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e o Ministério Público será contado da citação, da intimação ou da notificação.

Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

[...]

V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica; (grifo não original)

Isto posto, o autuado possuia Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SAT/DPF/GERSU nº 402/2010) para recolher o ICMS-ST sobre medicamentos de uso humano conforme determinações do Decreto nº 11.872/2009.

Por ser outorga, o referido Decreto vedava ao contribuinte, entre outras, de utilizar tal permissão se ele possuisse débito inscrito em Dívida Ativa (art. 3º, II do nominado Decreto).

No momento da celebração de tal acordo, por óbvio, esta situação não existia. No entanto e ao longo do tempo, débito do contribuinte foi inscrito em Dívida Ativa, o que acarretou a perda do seu benefício instituído pelo nominado Decreto.

Em assim sendo, através do Processo nº 13371120158 (fl. 23 dos autos) e em 20/07/2015, a Secretaria da Fazenda, ex-ofício, revogou o seu Termo de Acordo.

No entanto, o contribuinte somente tomou ciência desta revogação em 22/07/2015, conforme extrato desta própria Secretaria de Fazenda apensado pelo mesmo aos autos e constante a fl. 123 do presente processo.

Diante do ora exposto, entendo que razão assiste ao autuado. Vê-se que o contribuinte não negou a sua obrigação de consultar o andamento do seu Regime Especial, tanto que o fez em 22/07/2015. Neste momento, ao dar ciência da revogação do Termo de Acordo, a Administração Tributária deu total eficácia ao seu ato, produzindo todos os seus efeitos legais a partir 23/07/2015, como dispõe o CPC que, subsidiariamente, é absorvido pelo RPAF/BA.

Por outro lado, o autuante tinha conhecimento (diante de sua competência, e dever, em averiguar os procedimentos tributários do contribuinte através dos sistemas informatizados desta SEFAZ) da data da ciência da empresa autuada sobre a revogação ora comentada, pois o ato preparatório do início da ação fiscal se deu em 20/08/2015 (Ordem de Serviço nº 50557115 - fl. 24).

Volto-me a análise de cada infração imputada ao sujeito passivo tributário.

A infração 01 diz respeito à falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Notas Fiscais referentes aos dias 27 e 31/07/2015 (fls. 06/12 dos autos).

O autuado não se insurge contra as notas fiscais constantes desta infração, a exceção daquela de nº 56591 emitida pela PHARMASCIENCE, por entender que o fisco não considerou, para apuração do imposto, o recolhimento realizado pelo fornecedor, conforme cópia da GNRE que apensa aos autos. Em assim sendo e em relação a este documento a infração não foi a falta de recolhimento e sim recolhimento a menor do ICMS.

Existe um equívoco do impugnante em sua alegação. A nota fiscal nº 56591 não faz parte da infração 01 e sim da infração 02, que trata de recolhimento a menor do tributo ora em análise. Esta constatação se dá pela análise dos demonstrativos da infração 01 (fls. 06/12) e da infração 02 (fls. 13/18), onde ela resta consignada à fl. 15 dos autos e que se refere ao levantamento da referida infração 02. Diante deste fato, o argumento defensivo será analisado quando se adentrar ao mérito dessa infração.

Não havendo outro argumento a ser enfrentado, e tendo as aquisições datas de 27 e 31 de julho de 2015, mantenho a infração 01 em sua totalidade, no valor de R\$39.086,71, como consta no demonstrativo de débito do Auto de Infração.

Na infração 02, o contribuinte é acusado de ter recolhido a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Toda a discussão exposta inicialmente neste voto trouxe o contribuinte quando se defende desta infração. Como a matéria já foi decidida, não existe mais motivo para se adentrar, novamente, em discussão sobre a mesma. Apenas de apontar as notas fiscais que o impugnante diz que devem ser excluídas, quais sejam: nºs 193902, 193900, 193910, 193906, 193942, 194213, 194207, 194224, 194231, 68837, 29300, 29017 e 23952.

Como a infração encontra-se indicada, tanto no Auto de Infração como nos levantamentos fiscais por dia do mês de julho de 2015, abordo a solicitação feita pelo impugnante na forma acima indicada pelas datas de ocorrência para melhor compreensão e com base nos levantamentos fiscais.

Data de Ocorrência 21/07/2015. Valor: R\$67.675,30 - analisando o levantamento fiscal (fls. 17/18), todas as aquisições foram acobertadas pelas notas fiscais nºs 193942 (de 20/07/2015), 193906, 193910, 193900 e 193902 (todas emitidas em 17/07/2015 - período, inclusive, de antes da emissão do Parecer de revogação). Todo o imposto deve ser excluído.

Data de Ocorrência 22/07/2015. Valor: R\$40.259,12 - analisando o levantamento fiscal (fl. 12), todas as aquisições foram acobertadas pelas notas fiscais nºs 68838, 194213, 194207, 194224, 194231 e 68837, todas elas emitidas em 22/07/2015, ou seja, antes do início do prazo de vigência da revogação do Regime Especial anteriormente dado à empresa. Todo o imposto deve ser excluído.

Data de Ocorrência 23/07/2015. Valor: R\$116.585,58 - analisando o levantamento fiscal (fls. 13/14), as aquisições acobertadas pelas notas fiscais nºs 24422, 97754 e 17377 devem permanecer na autuação já que com datas de 23/07/2015. As demais (nº 129300 (data 21/07/2015), 29017 (data de 30/06/2015), 23952 (data 23/06/2015) são todas elas excluídas da autuação, restando o imposto a ser exigido no valor de R\$26.267,24, como segue.

NF	DATA OCORRÊNCIA	ICMS
24422	23/07/2015	13.236,99
97754	23/07/2015	2.213,35
17377	23/07/2015	10.816,80
	TOTAL	26.267,14

Data de Ocorrência 24/07/2015. Valor: R\$2.067,20. A insurgência da empresa refere-se à nota fiscal nº 56591 emitida pela PHARMASCIENCE em 23/07/2015 com data de saída em 24/07/2015.

A empresa traz aos autos cópias das notas fiscais nºs 56590 e 56591 (fls. 128 e 130) juntamente com as cópias das GNRE pagas (fls. 131 e 133), embora não tenha se insurgido a respeito da exigência fiscal em relação àquela de nº 56590 com data de 23/07/2015.

Ao analisar esta documentação, de fato, o imposto no valor de R\$336,23 e referente à nota fiscal de nº 56591 foi recolhido pelo fornecedor através de GNRE. Neste específico caso, deve ser considerado tal valor para reduzir o montante ora exigido. Observo, inclusive, que assim agiu o próprio autuante em relação ao documento fiscal de nº 56590, pois abateu do imposto cobrado o valor de R\$36,67, o indicando como imposto recolhido no levantamento que realizou (fl. 15). E, ao observar o histórico de pagamentos do contribuinte, emitido pela própria Secretaria da Fazenda, (fls. 34/35), este valor adentrou aos Cofres Públicos deste Estado.

Portanto o imposto exigido em relação a nota fiscal nº 56910 passa de R\$1.918,74 (R\$393,66+R\$1.525,08) para R\$1.582,51 (R\$1.918,74 - R\$336,23), restando o imposto a ser exigido na data de ocorrência de 22/07/2015 para o valor de R\$1.730,97 (R\$148,46 + R\$1.582,51) - fl. 15 dos autos.

Data de Ocorrência 24/07/2015. Valor: R\$195,78. Não houve qualquer impugnação a respeito da NF-e nº 4522. O ICMS-ST é mantido.

Por tudo exposto o ICMS da infração 02 passa para o valor de R\$68.453,01, tendo a seguinte configuração.

DEMONSTRATIVO INFRAÇÃO 02

DATAS OCORRÊNCIAS	ICMS DO A.I.	ICMS EXIGIDO	MULTA (%)
21/07/2015	67.675,30	-	
22/07/2015	40.259,12	-	
23/07/2015	116.585,58	26.267,14	60
24/07/2015	2.067,20	1.730,97	60
30/07/2015	195,78	195,78	60
TOTAL	226.782,98	28.193,89	

(...)

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, mantendo em sua integralidade as infrações 01 e 03 e parcialmente a infração 02 no valor de R\$28.193,89.

Como a redução do crédito tributário atualizado foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 4ª JJJ interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

O autuado não se pronunciou da Decisão de primeiro piso.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em relação à Decisão proferida pela 4ª JJJ que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 03/11/2015.

Com relação à Infração 2 - Efetuou o recolhimento a menor de 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. Período: 21, 22, 23, 24 e 30/07/2015. ICMS no valor de R\$226.782,98 e multa de 60%.

Ao analisar os elementos probatórios, vejo que a julgadora de piso acatou parte das razões defensivas do autuado, e refez novo demonstrativo de débito, contemplando as correções necessárias ao saneamento do Auto em epígrafe.

Com relação à vigência do termo de acordo, aproveito e transcrevo, abaixo, parte da Decisão de piso, que me filio.

“(...) o autuado possuia Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SAT/DPF/GERSU nº 402/2010) para recolher o ICMS-ST sobre medicamentos de uso humano conforme determinações do Decreto nº 11.872/2009.

Por ser outorga, o referido Decreto vedava ao contribuinte, entre outras, de utilizar tal permissão se ele possuisse débito inscrito em Dívida Ativa (art. 3º, II do nominado Decreto).

No momento da celebração de tal acordo, por óbvio, esta situação não existia. No entanto e ao longo do tempo, débito do contribuinte foi inscrito em Dívida Ativa, o que acarretou a perda do seu benefício instituído pelo nominado Decreto.

Em assim sendo, através do Processo nº 13371120158 (fl. 23 dos autos) e em 20/07/2015, a Secretaria da Fazenda, ex-ofício, revogou o seu Termo de Acordo.

No entanto, o contribuinte somente tomou ciência desta revogação em 22/07/2015, conforme extrato desta própria Secretaria de Fazenda apensado pelo mesmo aos autos e constante a fl. 123 do presente processo.

Diante do ora exposto, entendo que razão assiste ao autuado. Vê-se que o contribuinte não negou a sua obrigação de consultar o andamento do seu Regime Especial, tanto que o fez em 22/07/2015. Neste momento, ao dar ciência da revogação do Termo de Acordo, a Administração Tributária deu total eficácia ao seu ato, produzindo todos os seus efeitos legais a partir 23/07/2015, como dispõe o CPC que, subsidiariamente, é absorvido pelo RPAF/BA.”

Desta forma julgo a Infração 2 PROCEDENTE EM PARTE.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 022078.0001/15-7, lavrado contra **CONFIANÇA COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. (TINAFARMA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.591,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões CONSEF, 05 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS