

**A. I. Nº** - 110163.0012/03-2  
**AUTUADO** - PROCIFAR COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA AUXILIADORA NASCIMENTO PORTUGAL  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 31.03.04

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0082-02/04**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Fato não contestado. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Imputação não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As mercadorias objeto da lide estão sujeitas ao pagamento da antecipação tributária prevista na Portaria nº 270/93. Comprovado o pagamento do imposto de parte das notas fiscais que embasam a autuação. 3. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, e também não contabilizadas. Presunção legal não elidida. Comprovada a ocorrência. Indeferido o pedido de revisão fiscal e a arguição de nulidade do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 22/12/2003, e reclama o valor de R\$ 15.621,01, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no total de R\$ 716,39, referente a aquisição de mercadorias não vinculadas a operação com mercadorias com saídas subseqüentes tributadas (substituição tributária), nos meses de 01/99; 03/99 a 06/00; 02/00 a 04/00; e 09/00, conforme demonstrativo às fls. 08 a 09.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$6.582,51, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, nos meses de 01/99; 03/99 a 07/99; 02/00 a 06/00 e 09/00, através das notas fiscais relacionadas às fls. 10 e 11.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$694,71, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, correspondente aos meses de 04/99; 06/99; 07/99; 05/00 e 07/00, conforme demonstrativo às fls. 12 e 13.

4. Utilização indevida de créditos fiscais de ICMS, no valor de R\$7.627,40, sem a comprovação dos documentos correspondentes aos lançamentos efetuados no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de 06/00; 08/00 e 09/00, conforme documentos às fls. 14 a 17.

O sujeito passivo por seu representante legal, em seu recurso defensivo às fls. 174 a 182, preliminarmente alega que a autuante cometeu erro de fato ao enquadrar indevidamente produtos na substituição tributária, e proceder a cobrança de imposto já pago, além de tipificar incorretamente parte da infração 04.

Feitas estas considerações, o defendente impugnou parcialmente a autuação com base nos seguintes argumentos.

Infração 01 – reconheceu a procedência deste item, tendo comprovado o pagamento da exigência fiscal no valor de R\$716,39, conforme cópia do DAE à fl. 184.

Infração 02 – alega que os produtos constantes das notas fiscais que embasam a autuação são produtos hospitalares, e outra parte é de produtos não constantes do Anexo 88 do RICMS, citando o caso da nota fiscal nº 10697 referente a aquisição de sabão (Solução Degermante), e das notas fiscais nºs 158328, 164983, 128415, 177393, 189266 e 131722 correspondentes a curativos e fitas. Fez referência à nota fiscal nº 44667, relativa a frete sobre aquisição de medicamentos, dizendo que a mesma não está sujeita ao regime de substituição tributária. Além disso, alegou também que a nota fiscal nº 15665 foi incluída indevidamente no levantamento, pois já havia sido objeto de antecipação tributária através do DAE à fl. 193. Para confirmar suas alegações o defendente requer a revisão fiscal por fiscal estranho ao feito.

Infração 03 – arguiu a nulidade deste item da autuação, sob o argumento de que não foi informado como foi apurada a infração, faltando a realização de levantamento quantitativo de estoque, pois todas as mercadorias tiveram as saídas regularmente documentadas, salientando que a não indicação no demonstrativo apresentado do período de apuração, impossibilita a comprovação de omissão de saída. Admite que poderia ser apenada com multa formal por falta de registro das notas fiscais de entradas.

Infração 04 – foi alegado que os créditos fiscais referentes ao mês de junho de 2000 são decorrentes de filmes e sondas comercializados no ano de 1999, e que por se tratar de mercadorias isentas, foram tributadas nos meses de 06/99; 08/99; 10/99 e 11/99, tendo acostado ao seu recurso relações das notas fiscais (docs. fls. 194 a 201). No tocante aos créditos indevidos do mês de setembro de 2000, argumenta que a infração não se coaduna com a hipótese prevista no artigo 97, I, do RICMS/97, pois não se tratam de produtos isentos, não tributados ou com tributação reduzida, mas sim, de entrada de mercadorias no estabelecimento destinada a integração, consumo ou emprego na comercialização, industrialização, produção geração, extração ou prestação. Por entender que não existe relação entre o comportamento da empresa e a hipótese descrita no tipo legal no qual foi enquadrada a sua conduta, requer a nulidade deste item da autuação.

Por fim, reitera o seu pedido de revisão fiscal do item 02; a nulidade das infrações 03 e 04, ou caso contrário a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 203 a 209, a autuante manteve integralmente a sua ação fiscal, e rechaçou a arguição de nulidade dizendo que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não

havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF, incorrendo qualquer cerceamento de defesa, visto que todas as infrações estão devidamente especificadas, cujo autuado recebeu cópias de todos os demonstrativos que embasam a autuação.

Quanto ao mérito, a autuante rebateu as razões da defesa dos itens impugnados na forma que segue.

Infração 02 – salientou que as mercadorias constantes nas notas fiscais são as mesmas que foram objeto de glosa dos créditos fiscais da infração 01, e que por isso estão sujeitas a antecipação tributária no prazo previsto no artigo 125, I, “a”, do RICMS/97, e estão relacionadas como medicamentos – NCM 3003, 3004 e 3005 no artigo 353, inciso II, item 13, do citado Regulamento. No que diz respeito a alegação de que o imposto relativo à nota fiscal nº 15665 foi pago através do DAE anexado à defesa, o preposto fiscal ressaltou que não tendo sido juntadas as cópias das notas fiscais não há como constatar a veracidade da alegação defensiva. Esclareceu que o frete constante no CTCR 44667 deve compor a base de cálculo da antecipação, pois faz parte da nota fiscal nº 131722. Com relação às demais notas fiscais, a autuante considerou caracterizada a infração em razão do sujeito passivo não as ter impugnado.

Infração 03 – esclareceu como foi apurada a infração, qual seja, através da constatação de entradas de mercadorias não registradas, dizendo que foi efetuado levantamento analítico da cada nota fiscal e entregue ao autuado. Por conta disso, refuta que não existe nenhum vício de nulidade, pois a infração não foi apurada por meio de levantamento quantitativo conforme alegado na defesa.

Infração 04 – manteve a autuação enfatizando que o sujeito passivo na relação apresentada deixou de juntar as cópias das respectivas notas fiscais e do comprovante do efetivo recolhimento do ICMS necessárias para a confirmação da alegação defensiva. Justificou que o enquadramento legal foi feito nos artigos 91, 92 e 97 do RICMS/97, em virtude de lançamentos no RAICMS de valores a título de outros créditos sem a indicação da origem e a comprovação dos referidos créditos.

Conclui pela procedência do Auto de Infração.

## **VOTO**

Das quatro infrações contempladas no Auto de Infração, o autuado reconheceu integralmente o item 01, correspondente a utilização indevida de créditos fiscais de ICMS no total de R\$716,39, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes pelo regime de substituição tributária, e comprovou o recolhimento, conforme comprova a cópia do DAE à fl. 184.

Quanto às demais infrações, da análise das peças processuais, é possível chegar às seguintes conclusões.

Infração 02 – este item faz referência à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$6.582,51, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, através das notas fiscais constantes no quadro abaixo.

MÊS	NF Nº	VL.CONT.	TVA	BC SUBST.	ICMS A 17%	C.FISCAL	ICMS DEV.	FLS.	Produtos
Jan/99	158328	76,50	42,85%	109,28	18,58	5,35	13,23	38	Curativos
Mar/99	164983	43,36	42,85%	61,94	10,53	3,03	7,50	39	Idem
Abr/99	11884	604,16	42,85%	863,04	146,72	42,29	104,43	40	Atadura 30039090
Mai/99	128415	636,80	42,85%	909,67	154,64	44,57	110,07	42	F.micropore 3005109900
Mai/99	177393	179,20	42,85%	255,99	43,52	12,54	30,98	43	F.micropore 3005109900
Jun/99	189266	94,30	42,85%	134,71	22,90	6,60	16,30	44	Curativo
Fev/00	8684	585,60	42,85%	836,53	142,21	40,99	101,22	27	LM escova 30039099
Mar/00	15665	1.808,40	42,85%	2.583,30	439,16	126,59	312,57	28	Méd.CF 30059090
Mar/00	9048	288,00	42,85%	411,41	69,94	20,16	49,78	29	LM escova 30039099
Mar/00	131722	4.320,00	42,85%	6.171,12	1.049,09	302,40	746,69	30	F.micropore 3005109900
Mar/00	44667	64,60	42,85%	92,28	15,69	4,52	11,17	31	Frete NF 131722
Abr/00	9329	576,00	42,85%	822,82	139,88	40,32	99,56	34	LM escova 30039099
Set/00	10697	957,60	42,85%	1.367,93	232,55	67,03	165,52	37	Méd.CF 30039057
CRÉDITO INDEVIDO INFRAÇÃO 01						<b>716,39</b>			
Abr/99	156569	6.828,00	42,85%	9.753,80	1.658,15	477,96	1.180,19	41	Medicamentos CF 3004....
Jun/99	160205	5.771,00	42,85%	8.243,87	1.401,46	403,97	997,49	23	Medicamentos CF 3004
Jul/99	48588	9.963,52	42,85%	14.232,89	2.419,59	697,44	1.722,15	25	Seringas
Jul/99	138763	1.169,28	42,85%	1.670,32	283,95	81,85	202,10	24	Esparadapo
Abr/00	178616	2.324,00	42,85%	3.319,83	564,37	162,68	401,69	32	Medicamentos CF 3004
Mai/00	51813	1.548,00	42,85%	2.211,32	375,92	185,76	128,06	35	Sol.cl.sódio 30039099
Jun/00	53394	2.160,00	42,85%	3.085,56	524,55	259,20	181,82	36	Sol.glico fis. 30039099
TOTAL DO DÉBITO							<b>6.582,51</b>		

Inicialmente, nos termos do artigo 147, do RPAF/99 indefiro o pedido de diligência deste item formulado pelo patrono do autuado, por considerar que os autos contêm todos os elementos necessários para o meu convencimento a respeito da lide, conforme demonstrado acima.

Na defesa fiscal, o contribuinte argüiu que os produtos não estão sujeitos à antecipação tributária por não estarem relacionados no Anexo 88 do RICMS/BA, a exemplo da nota fiscal nº 10697 referente a aquisição de sabão (Solução Degermante), e das notas fiscais nºs 158328, 164983, 128415, 177393, 189266 e 131722 correspondentes a curativos e fitas.

Contudo, pelo que consta no quadro acima, nota-se que o autuado ao reconhecer a exigência fiscal no valor de R\$716,39, relativa a créditos indevidos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária de que cuida a infração 01, acabou por admitir que os produtos constantes nas notas fiscais às fls. 27 a 31, 34, 37 a 40, e 42 a 44 dos autos estão sujeitos ao pagamento antecipado do ICMS, ressaltando-se que pela especificação dos produtos no quadro acima constata-se que

realmente são medicamentos oriundos de Estado não signatário do Convênio ICMS nº 76/94, sendo devida a antecipação pelo autuado na condição de adquirente das mercadorias, nos termos da Portaria nº 270/93.

Quanto às demais notas fiscais, analisando-se cada uma de per si, conclui-se que também contemplam mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária por antecipação, inclusive o autuado ao defender-se não fez qualquer alusão a elas. Sobre o CTRE 44667, também é devida a antecipação tributária, pois se refere ao frete das mercadorias constantes na nota fiscal nº 131722 (docs. fls. 30 e 31). Por último, com relação a nota fiscal nº 15665, tendo em vista que o contribuinte comprovou que dita nota fiscal figurou no rol das notas fiscais que serviram de base para a antecipação de que cuida o DAE à fl. 193, concluo que deve ser excluída a exigência fiscal a ela inerente, o que reduz o débito do mês de março/00 para a cifra de R\$ 807,64 (R\$1.120,21 – R\$ 312,57).

Infração 03 - trata-se de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas com base nas notas fiscais relacionadas nos demonstrativos às fls. 12 e 13, sendo exigido o imposto no valor de R\$694,71.

O débito encontra-se devidamente especificado nos demonstrativos citados com a indicação dos números das notas fiscais, datas de emissão e valores, ficando descartada a arguição de nulidade.

Quando a fiscalização no curso da ação fiscal constata que o contribuinte não contabilizou nem escriturou notas fiscais de aquisição, neste caso, está configurada a presunção legal de omissão de saídas anteriores correspondente à entrada de mercadorias não contabilizada.

No tocante ao argumento defensivo no sentido de que não foi declarada de que forma foi apurada a infração, bem como, que não foi realizado o levantamento quantitativo e indicado o período da omissão de saídas, observo que tais arguições são descabidas, haja vista que a imputação encontra amparo no artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/97, pois trata-se de uma presunção legal de omissão de saídas, e caberia ao autuado apresentar provas capazes para elidi-la, indicando a fonte de recursos utilizada para o pagamento das citadas aquisições. Nestes termos, subsiste a infração, pois os documentos fiscais não registrados se constituem como elementos materializadores da ocorrência, o que descarta a arguição de nulidade suscitada na defesa fiscal e a pretensão de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Infração 04 – concerne a glosa de créditos fiscais nos valores de R\$3.488,48 (jun/00); R\$1.777,89 (ago/00) e R\$2.361,03 (set/00) que foram lançados no RAICMS no campo 008 – estornos de débitos, sem a comprovação da origem de tais lançamentos (docs. fls. 14 a 17).

Para comprovar os lançamentos dos meses de junho e agosto de 2000 o contribuinte alegou que os créditos são decorrentes de operações isentas de filmes e sondas realizadas no ano de 1999, conforme relação de diversas notas fiscais acostadas às fls. 194 a 201, e quanto ao crédito do mês de setembro de 2000, arguiu a nulidade do lançamento por inexistência de relação entre o comportamento do estabelecimento e a hipótese no tipo legal na qual foi enquadrada a infração.

Considero que as simples relações de notas fiscais às fls. 194 a 201 em nada socorrem o autuado, pois para que fosse possível verificar se procedem suas alegações seria necessário que também fossem juntadas as cópias dos respectivos documentos fiscais, e as notas fiscais relativas aos estornos, na forma prevista nos artigos 112 e 113 do RICMS/97. Desse modo, indefiro os pedidos de diligência e nulidade, nos termos dos artigos 18 e 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, cujas provas

deveriam ter sido trazidas pelo próprio autuado, mesmo que fosse a título de exemplo, de modo a justificar a revisão fiscal pretendida, se fosse o caso.

Ante o exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração no valor de R\$15.308,44, devendo ser homologada a importância de R\$716,39 recolhido através do DAE à fl. 184, e alterado o valor do débito com vencimento para 31/03/00 (infração 02) para a cifra de R\$ 807,64.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110163.0012/03-2**, lavrado contra **PROCIFAR COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.308,44**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.613,73 e 70% sobre R\$ 694,71, previstas no artigo 42, II, “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, homologando-se o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR