

**A. I. N.º** - 299324.8647/06-5  
**AUTUADO** - MARIA ELIZABETH TAMEIRÃO PONTES  
**AUTUANTE** - LÚCIA GARRIDO CARNEIRO  
**ORIGEM** - IFEP SUL  
**INTERNET** - 28/08/2007

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N.º 0268-03/07

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições internas e interestaduais de mercadorias por farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, é obrigatório o pagamento do ICMS por antecipação nos termos do artigo 353 § 2º do RICMS-BA. Refeitos os cálculos, o valor do débito ficou reduzido. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada preliminar de nulidade. Pedidos de diligência e perícia indeferidos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2006, reclama ICMS no valor de R\$47.677,75, com aplicação da multa de 60%, pelo sujeito passivo ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente à aquisição de mercadorias. Consta na descrição dos fatos que o autuado alegou que perdeu todos os livros fiscais e o livro caixa da empresa.

O autuado apresenta impugnação, às fls 970/977, argüindo que em 20/12/2006 recebeu uma via do Auto de Infração, nele constando os demonstrativos dos créditos tributários. Requer a anulação total da infração imputada, e discorre sobre os motivos da lavratura do Auto de Infração. Diz que a autuante não atentou para os prazos estabelecidos em Lei para constituição dos créditos a favor do fisco, e exigiu tributo já alcançado pelo período decadencial. Cita o artigo 150, § 4º do CTN, para robustecer suas alegações de que os fatos geradores ocorridos entre 31/01/2001 e 30/11/2001, no valor total de R\$10.245,09, já estavam alcançados pela decadência, tendo em vista que a lavratura do lançamento de ofício ocorreu em 20/12/2006, circunstância que extingue o crédito tributário, impossibilitando a sua constituição. Reproduz ensinamentos do jurista Yoshiaki Ichihara, para amparar sua argumentação, como também julgados do STJ. Quanto ao mérito, alega que alguns equívocos foram cometidos pela atuante, no que se refere a valores a recolher do ICMS, apresentando planilha à folha 973. Discorre sobre o instituto da compensação prevista no artigo 170 do CTN e o artigo 155 da Constituição Federal, informando que o defendente possui créditos fiscais oriundos de recolhimentos indevidos, conforme demonstrativos acostados ao PAF às folhas 974/975, que somados importam em R\$4.292,76. Diz que o direito à compensação está legalmente estabelecido, sem nenhum tipo de condição para ser exercitado, citando o Repertório IOB de Jurisprudência, nº 1/93, paginas 16/170. Entende que a Fazenda Estadual não sofreu qualquer prejuízo, pois a legislação tributária estabelece procedimentos para apuração do ICMS das empresas no Estado, e no caso de farmácia, toda a aquisição de mercadoria está alcançada pela antecipação tributária, e a sua saída já está com fase de tributação encerrada. Aduz que a autuante tributou todas as suas saídas, aplicando, inclusive, uma MVA superior a 20%, conforme DMA's acostadas ao processo. Argüi que não adquiriu as mercadorias, não devendo a autuante utilizar simplesmente de um arquivo magnético do CFAMT para constituição de crédito tributário

a favor do fisco, sendo necessária a apresentação das notas fiscais. Requer a realização de perícia ou diligência, tendo em vista que o arquivo do CFAMT não traz todos os elementos necessários para o convencimento da aquisição das mercadorias, tais como: data do efetivo pagamento, local do pagamento etc. Finaliza, requerendo a improcedência da autuação.

A autuante, por sua vez, em sua informação fiscal (fls. 1007/1008), diz que o lançamento fiscal efetuado em 20/12/2006, foi realizado dentro do prazo decadencial, ou seja, de cinco anos contados a partir do dia primeiro do mês de janeiro de 2002, nos termos do artigo 965, I do RICMS-BA. Reconhece que no cálculo do ICMS antecipação a recolher, lançou em duplicidade as notas fiscais de nºs 3885 e 377375, devendo ser deduzido o valor de R\$107,11 no mês de janeiro/2001 que passa ao montante de R\$2.071,41. Quanto ao pedido de compensação, entende que a empresa autuada é uma farmácia que não procedeu ao recolhimento do ICMS por antecipação tributária das aquisições de mercadorias referentes às notas fiscais juntadas ao processo, e que no cálculo do imposto devido foram deduzidos os créditos fiscais a que faz jus o autuado. Aduz que foram lançadas apenas as notas fiscais cujo imposto devido por antecipação não foram comprovados através de documento de arrecadação, não assistindo razão ao defendente para postular qualquer compensação. Salienta que no período fiscalizado, o autuado estava inscrito entre 01/01/2001 até 01/06/2002, no regime de apuração do SIMBAHIA, e de 01/06/2002 até 31/12/2003, no regime de apuração normal, e que em ambos os regimes de tributação, por se tratar de farmácia, deveria ter sido calculado e recolhido o ICMS devido por antecipação tributária de todas as aquisições do período. Diz que o defendente alegou que perdeu todos os livros fiscais, e na sua peça defensiva não apresentou qualquer documentação para comprovar as suas alegações, principalmente quanto à tributação pelas saídas das mercadorias, apresentando como prova apenas as cópias de DMA's. Com relação ao protesto sobre a apresentação das cópias das notas fiscais, diz que as originais das vias pertencentes à fiscalização foram juntadas ao PAF, e que as vias do contribuinte estão em poder da empresa autuada.

Na assentada do julgamento da Sessão do dia 07/03/2007, tendo em vista as alegações defensivas do autuado de que não recebeu as cópias das notas fiscais que lastrearam a ação fiscal e não consta no processo a comprovação da entrega das referidas cópias, como também do demonstrativo elaborado pela autuante às folhas 11/24, com a respectiva ciência do defendente, bem como argüiu que parte do imposto exigido no presente Auto de Infração foi tributado na saída, em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório, a 3ª JF decidiu converter o PAF em diligência para que a autuante adotasse as seguintes providências:

- 1- Procedesse a entrega, mediante recibo, do demonstrativo acostado aos autos (fls. 11/24), assim como das cópias das notas fiscais que embasaram a exigência fiscal.
- 2- Intimasse o autuado para comprovar através de demonstrativo mensal, os valores que, segundo ele, foram tributados pela saída.

Pediu, ainda, que após as providências requeridas, a Inspetoria Fazendária de origem, intimasse o autuado para tomar conhecimento dos referidos demonstrativos e procedesse a entrega das cópias das respectivas notas fiscais, mediante recibo, reabrindo-se o prazo para oferecimento da defesa de 30 (trinta) dias, e que decorrido o prazo concedido, caso o sujeito passivo apresentasse nova contestação, os autos deveriam ser entregues à autuante para produzir nova informação fiscal.

A diligência requerida foi atendida, conforme folhas 1015/1017 do PAF.

O autuado apresenta manifestação à folha 1019, dizendo que se encontram apensados ao presente processo, todos os demonstrativos (DMAs), e os respectivos recolhimentos do período fiscalizado, inclusive relatório da própria SEFAZ-BA, onde encontram-se comprovados todos os recolhimentos. Finaliza, requerendo que as alegações defensivas sejam apreciadas pela autuante e deduzidos da exigência fiscal os recolhimentos efetuados, encaminhando o PAF para o Conselho de Fazenda Estadual.

A autuante apresenta nova informação fiscal (fl.1022), aduzindo que o autuado não apresentou nenhuma prova da sua alegação de que parte do imposto exigido foi tributado na saída, assim como qualquer comprovante de recolhimento do ICMS por antecipação na condição de farmácia referente às aquisições de mercadorias, constantes das notas fiscais acostadas ao PAF. Finaliza, mantendo a exigência fiscal.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois presentes todos os pressupostos de validação do processo. Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, alegando cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que se constata da leitura da peça defensiva que o defendente compreendeu perfeitamente o objeto da acusação. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, consoante disposto no artigo 18 do RPAF. No corpo do Auto de Infração, estão descritos claramente os fatos considerados como ilícito tributário.

Quanto à decadência do exercício de 2001, não tem acolhimento, pois o Auto de Infração foi lavrado em 20/12/2006 e a ciência do autuado ocorreu na mesma data, portanto, a autuação se deu antes do término do prazo decadencial estipulado de 5 anos, conforme previsto no parágrafo único do art. 173 do CTN, o qual foi reproduzido no art. 965 do RICMS-BA. Embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e não o foi pelo sujeito passivo”.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período de janeiro /2001 a dezembro /2001 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2006. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 20/12/2006, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos transcrever o Acórdão CJF nº. 274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

(...)

*“Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o*

*sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.*

*Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

*Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o Recorrente.”*

Diante do entendimento manifestado por esse CONSEF, aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados ao lançamento do imposto para o Estado da Bahia. A decadência é forma de extinção de direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. Portanto, rejeito a preliminar de nulidade, argüida pelo defendente.

Indefiro, também, o pedido de diligência requerido, pois entendo que os elementos constantes na peça acusatória são suficientes para formar a minha convicção sobre a matéria argüida, como também quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos nos termos do artigo 147, I do RPAF.

Igualmente, indefiro o pedido de perícia suscitado pelo defendente por inexistência dos pressupostos estatuídos no RPAF, especialmente o seu artigo 147, II, como também pelos elementos contidos nos autos serem suficientes para formar o meu convencimento.

No mérito, o presente Auto de Infração exige ICMS pela falta do seu recolhimento por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente à aquisição de mercadorias.

É importante salientar que as farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, submetem-se à substituição tributária objetiva, em razão dos produtos comercializados (medicamentos), como também, à substituição tributária subjetiva, pelo segmento de atividade econômica descrita na Lei, como sujeita ao recolhimento do imposto por antecipação tributária, independentemente do produto, nos termos do artigo 353, § 2º do RICMS-BA, sendo a MVA (20%) prevista no Anexo 89, do citado diploma legal.

Da análise das peças processuais, verifico que, a autuante elaborou demonstrativo (fls. 11/24), indicando as notas fiscais que foram apresentadas pelo autuado, como também aquelas coletadas no sistema CFAMT, cujas cópias compõem o presente PAF, bem como a base de cálculo e o percentual de margem de valor adicionado aplicado, tendo deduzido os créditos consignados nos documentos fiscais.

Verifico que a autuante reconheceu que no cálculo do ICMS antecipação a recolher, lançou em duplicidade as notas fiscais de nºs 3885 e 377375, reduzindo o débito no valor de R\$107,11 no mês de janeiro/2001 que passou ao montante de R\$2.071,41.

Com relação ao pedido de compensação de créditos fiscais oriundos de recolhimentos indevidos, entendo que além de não ter sido comprovado, não pode ser reconhecido neste processo, devendo o sujeito passivo, requerer à Inspetoria Fazendária da sua circunscrição fiscal a restituição do indébito nos termos dos artigos 73 a 83 do RPAF-BA.

Não acolho as alegações defensivas de que a saída das mercadorias, objeto da autuação ocorreu com tributação, uma vez que o defendente não trouxe provas ao processo que comprovasse suas argumentações, nos termos do artigo 123 RPAF-BA, a exemplo de demonstrativo acompanhado das notas fiscais de saída comprovando o recolhimento do imposto.

Quanto ao argumento de que não adquiriu as mercadorias, constato que, da análise das peças processuais, segundo a autuante, os remetentes são fornecedores habituais do autuado e as mercadorias adquiridas estão inseridas no rol de produtos comercializados pelo defendente, fato não contestado nas suas alegações defensivas. Nas notas fiscais estão indicados os dados do autuado, na condição de adquirente, como: endereço e inscrição estadual. Mantida a exigência fiscal com redução do débito para R\$47.570,64, com alteração do débito correspondente ao mês de janeiro de 2001, para R\$2.071,41.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº-**299324.8647/06-5**, lavrado contra **MARIA ELIZABETH TAMEIRÃO PONTES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$47.570,64** acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA