

PROCESSO - A. I. Nº 206844.0115/01-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LABORATÓRIO CANONNE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0004-03/09
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 01/06/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0123-12/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS. MEDICAMENTOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Diligência fiscal realizada por preposto estranho ao feito comprovou que os valores do ICMS ST retidos, constantes das Notas Fiscais, foram realmente recolhidos conforme as cópias de GNREs acostadas aos autos. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal contra a referida Decisão pela mesma proferida, que decidiu pela Improcedência do Auto de Infração em epígrafe, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

O Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$144.098,72, acrescido da multa de 60%, por falta de retenção do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro de 1996 a outubro de 2001.

Após apresentação de peça defensiva, informação fiscal por parte do autuante e realização de diligência por parte da ASTEC, deste CONSEF, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF Nº 0234-03/07 (fls. 676/680), decidiu pela nulidade do presente Auto de Infração, por entender que os demonstrativos elaborados pelos autuantes não traziam segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido, recomendando a renovação do procedimento fiscal.

Esta 2ª Câmara de Julgamento fiscal, através do Acórdão CJF Nº 0368-12/07 (fls. 691/693), decidiu pelo afastamento da nulidade decretada pela Primeira Instância, determinando a devolução dos autos para que, após apuração dos valores equivocadamente incluídos no presente lançamento, venha a ser proferido o julgamento quanto ao mérito da autuação fiscal.

O autuado apresentou pedido de reconsideração às fls. 703 a 706. Após fazer uma síntese dos fatos, aduziu que a suposta liquidação dos valores efetivamente devidos não é possível, tendo em vista que foi apurado na diligência fiscal que o autuado realizou corretamente o recolhimento do ICMS devido, e por isso, não há que se falar em exclusão da parte indevida e prosseguimento da ação fiscal, porque se apurou que não há certeza quanto à existência de crédito tributário. Disse que seria possível se falar em liquidação de créditos tributários quando, ao menos, houvesse certeza sobre eles, mas a conclusão da diligência fiscal considerada na Decisão administrativa de primeira instância indicou que o recorrente apurou corretamente o ICMS devido por substituição tributária, e não havendo crédito tributário não há liquidação. O defendente entendeu que a nulidade do Auto de Infração não se deve meramente por vício formal ou inclusão no valor apurado de créditos indevidos. Quanto à necessidade de nova autuação para apurar valores eventualmente devidos, se considera necessária porque a primeira foi infirmada, considerando a prova produzida na diligência fiscal, que revelou que a apuração do imposto exigido foi incorreta. Disse que não é possível novas diligências na fase atual do processo administrativo, tendo em vista que as provas produzidas já demonstram que os fatos verificados revelam a

regularidade da conduta do autuado e somente uma nova autuação pode apurar eventuais créditos tributários, ou seja, o defendente entende que uma nova apuração no curso do presente PAF implicaria prejuízo para a defesa, e caso prevaleça a determinação contida no Acórdão de Câmara de Julgamento Fiscal, o recorrente ficaria privado de apresentar impugnação fiscal relativamente às supostas infrações apuradas. Finalizou, pedindo que fosse mantida a Decisão de primeira instância administrativa que declarou nulo o Auto de Infração.

Às fls. 733/736, foi exarado Parecer pela Procuradoria Geral do Estado, concluindo que inexistia vício insanável a nulificar o lançamento, sendo possível identificar os eventuais equívocos cometidos pelos autuantes no cálculo do imposto devido a partir das notas fiscais constantes dos autos. O conjunto probatório acostado ao presente processo é suficiente para apuração da procedência ou improcedência da autuação, sendo possível analisar o mérito da questão.

Considerando a Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal de que é possível identificar através de nova diligência fiscal os valores incluídos indevidamente no presente lançamento, ante o método utilizado no levantamento fiscal (nota a nota), bem como em razão da diligência fiscal realizada por preposto fiscal estranho ao feito, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à IFEP, para que fossem apurados os documentos fiscais em que os produtos pastilhas e tabletes Valda foram comercializados pelo autuado como alimentos, excluindo os respectivos valores da exigência fiscal, bem como as Notas Fiscais cujo imposto foi pago pelo autuado, inexistindo diferença a recolher, e que elaborasse novos demonstrativos do débito remanescente.

Foi realizada a diligência solicitada, conforme Parecer de fls. 740/741, tendo sido informado pelo diligente que em vista dos documentos acostados aos autos apresentou as seguintes explicações:

- 1) Constam da pauta de produção e comercialização para o Estado da Bahia nos exercícios de 1996 a 2001 os seguintes itens: pastilhas e tabletes, pastilhas acti e diet, tabletes diet e balas sugarfree, todos acondicionados em latas ou sachês e xarope com 100 ml, todos da marca Valda. As pastilhas diet, acti e o xarope sempre pertenceram ao grupo de medicamentos NCM 3003, sujeitos à substituição tributária. Os tabletes diet e balas sugarfree sempre pertenceram ao grupo de alimentos NCM 1704 ou 2940, não sujeitos à substituição tributária. Quanto à dúvida em relação às pastilhas e tabletes cuja classificação alternou-se entre os grupos de medicamentos e alimentos, o diligente informou que, de acordo com os documentos apresentados pelo defendente (fls. 333 a 340 do PAF), as pastilhas foram registradas como alimentos a partir de setembro de 1989 e os tabletes a partir de janeiro de 1996, permanecendo assim até novembro de 1999, quando passaram novamente a pertencer ao grupo de medicamentos.
- 2) Levando em consideração as explicações acima, o diligente informou que elaborou novos demonstrativos (fls. 741-A a 804) procurando manter o mesmo padrão do levantamento efetuado pelos autuantes (fls. 35 a 83 do PAF) para possibilitar a comparação com os novos cálculos. Disse que foi acrescentada uma coluna (NCM) para identificar o produto pertencente ao grupo de medicamentos ou alimentos; a última coluna denominada “*Diferença*” do demonstrativo original foi alterada para “*Diferença a Recolher*” com o objetivo de informar apenas se o contribuinte tem diferença de ICMS a pagar, e em caso positivo, qual o valor. Esclareceu que foi mantido o mesmo raciocínio de cálculo dos autuantes, e que, comparando os dois demonstrativos, o atual e o elaborado pelos autuantes, foram retirados da ST os produtos considerados como alimento, de acordo com NCM constante na Nota Fiscal, sendo deduzidos os valores retidos referentes aos itens sobre os quais incide o ICMS ST.
- 3) Informou que, para o exercício de 1996, devido à inexistência de arquivo Sintegra no banco de dados desta SEFAZ, foram utilizados os mesmos demonstrativos elaborados pelos autuantes, efetuando as correções anteriormente citadas (fls. 741-A a 753). Salientou que a antepenúltima coluna do demonstrativo original, denominada “BC ST” era na verdade o valor do ICMS ST retido pelo contribuinte e a penúltima coluna “ICMS RETIDO” foi eliminada na correção, tendo

em vista que todos os seus valores estavam zerados. A partir de 1997, esse problema foi sanado.

- 4) O diligente informou que, segundo o contribuinte, as Pastilhas e Tabletes Valda tiveram suspensão a sua comercialização como produtos alimentares a partir de novembro de 1999, mas as vendas foram realizadas como alimentos com NCM 1704 até 29/06/2000. Posteriormente, a primeira venda como medicamento (NCM 3003) ocorreu somente em 28/09/2001. Reproduziu as explicações do defendente e disse que foi solicitado ao contribuinte que apresentasse um demonstrativo da movimentação de estoque desse produto deste o mês 11/1999 até 12/2000 (fls. 810 a 830), ficando comprovado que realmente o autuado dispunha do produto para venda até junho de 2000, o que justificou a venda como produto alimentar até essa data.

Concluindo, o diligente informou que foram elaborados novos demonstrativos, levando em consideração as informações prestadas pelo autuado e os documentos comprobatórios, sendo constatado que não há qualquer diferença a reclamar a título de ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, portanto, não há novo demonstrativo de débito a ser elaborado. Salientou que os valores do ICMS ST retidos nas Notas Fiscais foram realmente recolhidos conforme as cópias de GNREs acostadas aos autos.

À fl. 833, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à Inspeção Fazendária, para dar conhecimento aos autuantes e ao sujeito passivo quanto ao resultado da diligência fiscal realizada por estranho ao feito, fornecendo no ato da intimação cópia da das fls. 738 e de 740 a 804, e conceder o prazo de 10 (dez) dias para o defendente se manifestar, querendo, sobre os elementos fornecidos.

O autuado foi intimado à fl. 834 do PAF, conforme solicitado, constando à fl. 835, a comprovação por meio de histórico do SEDEX, de que foi encaminhada cópia do Parecer relativo à diligência fiscal e respectivos demonstrativos (fls. 738 e de 740 a 804 do PAF). Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou. O autuante João Laurentino de Magalhães Filho também tomou conhecimento (fl. 836), e não se pronunciou quanto ao mencionado Parecer.

Através do Acórdão JJF nº 0004-03/09, decidiu a 3ª Junta de Julgamento Fiscal pela improcedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“De acordo com a última diligência fiscal realizada de fls. 740/741, foram elaborados novos demonstrativos (fls. 754 a 804), sendo informado pelo diligente que procurou manter o mesmo padrão do levantamento efetuado pelos autuantes (fls. 35 a 83 do PAF) para possibilitar a comparação com os novos cálculos. Segundo o diligente, foi mantido o mesmo raciocínio de cálculo dos autuantes, sendo confrontados os dois demonstrativos, o atual e o elaborado pelos autuantes; foram retirados da ST os produtos considerados como alimento, de acordo com NCM constante na Nota Fiscal, sendo deduzidos os valores retidos referentes aos itens sobre os quais incide o ICMS ST.

Concluindo, o diligente informou que não há qualquer diferença a reclamar a título de ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; não há novo demonstrativo de débito a ser elaborado, e que os valores do ICMS ST retidos nas Notas Fiscais foram realmente recolhidos conforme as cópias de GNREs acostadas aos autos.

Vale salientar, que foi expedida intimação ao autuado (fl. 834), acompanhada de cópia do resultado da diligência fiscal e demonstrativo, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente. O autuante João Laurentino de Magalhães Filho também tomou conhecimento (fl. 836), e não se pronunciou quanto ao mencionado Parecer.

Assim, acatando as informações prestadas pelo diligente e respectivos demonstrativos acostados aos autos, concluo que pela insubsistência do presente lançamento, haja vista que não ficou comprovada a irregularidade apontada, referente à falta de retenção do imposto”.

VOTO

Reparo algum merece o *decisum* recorrido.

Isso porque, após a realização da última diligência (fls. 740/741), foram retirados da ST os produtos considerados como alimento, de acordo com NCM constante na Nota Fiscal, sendo deduzidos os valores retidos referentes aos itens sobre os quais incide o ICMS ST.

Após as exclusões realizadas, à luz do Parecer técnico jungido aos autos, restou demonstrada a inexistência de qualquer diferença a reclamar a título de ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, especialmente porque os valores do ICMS ST retidos nas Notas Fiscais foram realmente recolhidos conforme as cópias de GNRE's acostadas aos autos.

Daí porque, em face das informações prestadas pelo fiscal diligente, insubsistente se apresenta o lançamento fiscal realizado, tendo em vista que não ficou comprovada a irregularidade apontada, referente à falta de retenção do imposto.

Dest'arte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206844.0115/01-9**, lavrado contra **LABORATÓRIO CANONNE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOÃO REGO SAMPAIO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS