

A.I. N.º - 147794.0001/08-9
AUTUADO - REYDROGAS COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - GISLENE GUSMÃO DE LIMA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 17.12.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0395/02-09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARMÁCIAS, DROGARIAS E CASAS DE PRODUTOS NATURAIS. AQUISIÇÕES DE FORA DO ESTADO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. De acordo com o § 2º do art. 353 do RICMS/97, as farmácias, drogarias e casas de produtos naturais devem recolher o ICMS por antecipação nas aquisições de quaisquer mercadorias neste Estado, ou no exterior, devendo observar o disposto no art. 371, inciso I, alínea “c”, do mencionado Regulamento, quanto às aquisições interestaduais. No caso da primeira infração, o autuante reconheceu que houve erro na apuração do débito, por não ter sido observado o direito à recuperação do imposto retido em razão de vendas para hospitais, clínicas, ambulatórios, casas de saúde, etc. Quanto à segunda infração, o débito foi reduzido após exclusões das notas fiscais comprovadamente inseridas indevidamente no levantamento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/05/2008, reclama o ICMS no valor total de R\$2.088.576,09, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Efetuiu a menor o recolhimento do ICMS substituto por antecipação, no total de R\$ 1.995.266,60, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, conforme levantamentos e documentos fiscais às fls. 20 a 270.

Em complemento consta: “Conforme informação existente nos Registros 50x53x54x75 dos Arquivos Magnéticos do SINTEGRA, verificamos divergências entre os valores do ICMS-ST Retido - Reg. 53 (ANEXO I-Complemento) e os informados nas DMAs e recolhidos aos cofres da SEFAZ, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, constatando assim, o recolhimento a menor do ICMS-ST devido. À disposição, notas fiscais resgatadas do CFAMT, inclusas nos registros (R50; R53 e R54) informados pelo contribuinte, mês de Janeiro 205 fls.; Fevereiro vol.I 351 fls. e vol.III 357 fls.; Março vol.I 400 fls. e vol.II 309 fls.; Abril 585 fls.; Junho 327 fls.; Julho 321 fls. ; Agosto 123 fls.; Setembro 153 fls.; Outubro 307 fls.; Novembro 376 fls. e Dezembro 457 fls.”

2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS substituto por antecipação, no total de R\$93.309,49, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de

mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, no período de janeiro a dezembro de 2003, conforme levantamentos e documentos fiscais às fls. 271 a 446.

Em complemento consta: *“Constatamos a ausência de notas fiscais nos Arquivos magnéticos ou no Registro 53 dos referidos arquivos magnéticos apresentados via SINTEGRA, deixando assim de efetuar o recolhimento do ICMS devido referente às aquisições provenientes de outras unidades da Federação, nos meses e valores a seguir: Anexas ao presente PAF, notas fiscais resgatadas do CFAMT e que estão inclusas nos registros (R50 e R54) informados pelo contribuinte, bem como notas fiscais que não estão inclusas no arquivo magnético.”*

O sujeito passivo, através de seu representante legal, em sua defesa às fls.449 a 454, apresenta impugnação ao Auto de Infração com base nas seguintes razões de defesa.

Inicialmente, informa que atuou comercialmente, no ramo de distribuição de produtos farmacêuticos e no exercício de tais atividades compra, distribui e revende produtos farmacêuticos, medicamentos e outros produtos afins, e que durante o período de sua existência cumpriu com suas obrigações principais e acessórias.

Quanto a infração 01, diz que após realizar as conferências dos registros fiscais constatou alguns equívocos no levantamento fiscal, tendo alegado que:

1. O levantamento do imposto devido por antecipação foi realizado apenas pelos valores das aquisições e não foi considerado o valor do ressarcimento, conforme previsto no Regulamento do ICMS (*inciso IV, art. 374*), os quais poderiam ser extraídos da mesma base de dados (arquivo magnético), que foi utilizada para apuração dos valores sobre as notas fiscais de aquisição (doc. 01 e 01-A – anexo empresa);
2. Foram incluídas no levantamento do imposto devido por antecipação notas fiscais de aquisição, cujo valor da antecipação já havia sido paga pelo emitente (na maioria dos casos com valores superiores ao apurado pela auditora) o qual possui regime especial para efetuar o devido recolhimento, citando as notas fiscais como exemplo para comprovar tal fato (doc. 02 – anexo empresa).

Nota fiscal nº 9611 de 01/07/2003; Nota Fiscal nº 384222 de 30/07/2003; Nota Fiscal nº 8891 de 16/07/2003; Nota Fiscal nº 11136 de 22/07/2003; Nota Fiscal nº 338813 de 21/07/2003; Nota Fiscal nº 6743 de 15/08/2003; Nota Fiscal nº 11960 de 01/08/2003; Nota Fiscal nº 177144 de 18/08/2003; Nota Fiscal nº 72657 de 21/08/2003; Nota Fiscal nº 264522 de 28/08/2003.

Com relação à infração 02, apontou os seguintes equívocos no levantamento fiscal:

1. Foram incluídas no levantamento notas fiscais cuja empresa não adquiriu as mercadorias, no arquivo que nos foi enviado não consta a informação do emitente da nota fiscal, apenas número da nota fiscal e data de emissão, e que também não foi fornecida a prova do recebimento das mesmas, apontando e anexando algumas notas fiscais como exemplo para comprovar tal fato.
2. Foram incluídas no levantamento notas fiscais que estão no arquivo e também nos registros fiscais (doc. 03 – anexo empresa), e foram realizadas a antecipação do imposto normalmente.
3. Foram incluídas no levantamento notas fiscais cuja emissão da nota fiscal é do final do mês, mas o recebimento da mercadoria ocorreu apenas no início do mês seguinte, as mesmas estão no arquivo e também nos registros fiscais (doc. 03-A – anexo empresa), e foi realizada a antecipação do imposto normalmente.

Como elemento de prova, acostou ao processo cópias dos seguintes documentos: Demonstrativo da escrituração da antecipação; Relatório mensal do ressarcimento por nota fiscal; Notas fiscais com antecipação paga pelo emitente; Parte dos livros de entradas (comprovante de aquisição); Parte dos livros de entradas (comprovante de aquisição), docs.fls. 467 a 684.

Ao final, requer que seja acatada a presente impugnação, e seja decretada a nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 695 e 696, a autuante prestou os seguintes esclarecimentos ponderando que:

INFRAÇÃO 01

a) Com base nos Arquivos magnéticos apresentados via SINTEGRA, livros da empresa e notas fiscais do CFAMT, procedeu a análise do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia/drogaria, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, que após processamento dos Arquivos Magnéticos verificou através da "Cns.ICMS-ST_Retido-Reg.53", divergência entre os valores do ICMS retido e o valor ali consignado.

b) Examinou o Livro Registro de Apuração do ICMS - cópias fls. 702/739, e não existe referência a respeito de estorno de débito, ressarcimento e ICMS antecipado devido.

c) O trabalho foi desenvolvido com base nas informações prestadas pela empresa via arquivo magnético e Livros Fiscais.

d) Apesar das diversas tentativas de contato por telefone, correio via AR e Diário Oficial - fls. 15/19- e e-mails, a empresa em momento algum se dignou a contatar com a SEFAZ/BA, restando a esta unicamente considerar os dados à sua disposição.

e) Não desconhece o disposto no parágrafo 30 do Art. 359 do RICMS/Ba a respeito do direito do contribuinte ao estorno de débito quando da saída interestadual de mercadorias que já tiver sido objeto de antecipação do imposto, bem como o disposto no parágrafo 6º, que dispõe sobre a recuperação do imposto retido ou ressarcimento, nas operações com produtos farmacêuticos e demais produtos relacionados no item 13 do Inc. II do Art. 353, realizadas por estabelecimentos atacadistas ou distribuidor com destino a hospitais, clínicas ambulatoriais casas de saúde e congêneres, assim como para órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal, conforme alegado na defesa. Diz que também não desconhece os procedimentos de escrituração em tais casos, onde nas saídas interestaduais, o contribuinte deve, efetuar a escrituração no livro de Registro de Apuração do ICMS do estorno de débito conforme determina o inciso I, alínea "a" do parágrafo 3º, do Art. 359 e nas saídas para clínicas, hospitais e congêneres conforme estabelecido no Art. 368.

f) No Livro Registro de Apuração do ICMS constatou que o autuado não obedeceu o estabelecido no RICMS/Ba quanto à escrituração do estorno de débito e do ressarcimento, assim, conclui que não tem como corno considerar tais valores.

INFRAÇÃO 02

Quanto às notas fiscais listadas pelo autuado, sob alegação de que não adquiriu as mercadorias, e que a fiscalização não informou o emitente das notas nem forneceu as provas do recebimento das mesmas, informou que todas as notas fiscais citadas referentes a esta infração encontram-se no Vol. II do PAF, fls. 272 a 442 e as citadas pela defesa, encontram-se às fls. 286; 297; 391 e 415.

Concordou que as alegações defensivas consignadas nos tópicos 2 e 3 são pertinentes.

Conclui dizendo que acata as alegações da defesa, e por isso, a infração 01 deixa de existir, e efetuando as correções pertinentes à infração 02, que originalmente era no valor de R\$93.309,49, a mesma fica reduzida para o valor de R\$89.346,97, conforme planilhas corrigidas e anexadas às fls. 740 a 746.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.753 e 755, o sujeito passivo foi intimado sobre a informação fiscal e dos novos elementos a ela anexados, mediante a entrega dos documentos às fls.695 a 746, não tendo, no entanto, se manifestado no prazo estipulado.

Na assentada de julgamento do dia 20/03/2009, a 1ª JF, converteu o processo em diligência para que a autuante apresentasse analiticamente os pontos examinados na defesa que conduziram a inexistência da infração 01, bem como a origem da divergência entre as cópias do RAICMS apresentadas pelo autuado e as colacionadas pela autuante.

Quanto a infração 02, que fosse intimado o autuado, reabrindo o prazo de defesa, com a entrega de cópias de todas as notas fiscais obtidas pelo CFAMT e do despacho de diligência às fls. 758 a 769, para que:

- a) Fosse elaborada planilha discriminando todas as notas fiscais que, simultaneamente, encontram-se: incluídas no levantamento fiscal, constam dos arquivos magnéticos, encontram-se registradas nos livros fiscais e foram realizadas a antecipação do imposto normalmente efetuada pelo contribuinte, consoante alegação defensiva no item 2, fl. 453, com as respectivas comprovações documentais.
- b) Elaborasse planilha discriminando todas as notas fiscais cujas datas de emissão é do final do exercício de 2003 e o recebimento das mercadorias somente ocorreu no exercício seguinte - item 3, à fl. 453, da defesa com as respectivas comprovações.
- c) Caso fossem atendidas as solicitações "a" e "b, depois de proceder aos exames, elaborasse novos demonstrativos de apuração e de débito atinente à infração 02, caso necessário".

A autuante atendendo ao pedido da diligência se manifesta às fls. 763 a 764, informando, em relação à infração 01, que conforme consta na "descrição dos fatos" deste PAF, foi uma verdadeira "via sacra" obter contato com o autuado, que já não mais funciona no Estado da Bahia. Informa que somente após a emissão do Auto de Infração, foi que os sócios mantiveram contato com a SEFAZ/BA, através de suas peça defensiva. Diz que acatou as alegações referentes ao ressarcimento com base nas planilhas apresentadas às fls. 479/666 (doc.1-A), corroboradas pelos exames nos Arquivos Magnéticos apresentados via SINTEGRA onde verificou que realmente o autuado efetuou vendas de produtos farmacêuticos para fora do Estado e internamente, para hospitais, clínicas, ambulatórios, casas de saúde, etc., o que lhe confere o direito à recuperação do imposto retido quando da entrada destes produtos no seu estabelecimento.

Quanto à divergência entre as cópias do RAICMS apresentadas pelo autuado x autuante, inexistente. O autuado apresenta às fls. 468/478 um "Demonstrativo da escrituração da antecipação e Resumos da Apuração". Explica que não se trata de um segundo RAICMS, trata-se de uma memória de cálculo e um resumo da apuração.

Quanto a infração 02, esclarece que conforme solicitado, intimou o autuado, via AR, reabrindo o prazo de defesa, e remetendo, via SEDEX, cópias das 152 notas fiscais obtidas do CFAMT que se encontram às fls. 272 a 446 do PAF para que o mesmo:

1. Elaborasse planilha discriminando todas as notas fiscais que, simultaneamente

encontrem-se: incluídas no levantamento fiscal, constam dos arquivos magnéticos, encontram-se registradas nos livros fiscais e foi realizada a antecipação do imposto normalmente efetuada pelo contribuinte, consoante alegação defensiva no item 2, fls. 453, com as respectivas comprovações documentais.

2. Elaborasse planilha discriminando todas as notas fiscais cujas datas de emissão é do final do exercício de 2003 e o recebimento das mercadorias somente ocorreu no exercício seguinte - item 3, fls. 453, da defesa - com as respectivas comprovações.

Assinala que conforme consta nos arquivos dos Correios, a correspondência foi entregue ao destinatário no dia 08/04/2008, entretanto a confirmação do AR, assinado pelo recebedor só foi entregue a esta fiscalização após exaustivas solicitações conforme comprovam cópias dos e-mails enviados.

Salienta que decorrido o prazo estabelecido na intimação, o autuado não atendeu o estabelecido na mesma, ficando, assim, impossibilitada de atender o solicitado no despacho de diligência.

Anexou ao processo: cópia da Intimação fiscal enviada ao contribuinte; Original da 2ª - Via do AR (objeto SE 39249389 5BR); E-mails das tentativas adotadas para obtenção do comprovante de entrega da correspondência.

Conforme intimação às fls. 765 a 766, expedida ao autuado, foi concedido o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de:

1. *“Planilha discriminando todas as notas fiscais que, simultaneamente, encontram-se: incluídas no levantamento fiscal, constam dos arquivos magnéticos, encontram-se registradas nos livros fiscais e foram realizadas a antecipação do imposto normalmente efetuada pelo contribuinte, consoante alegação defensiva no item 2, fl. 453, com as respectivas comprovações documentais;*
2. *Planilha discriminando todas as notas fiscais cujas datas de emissão é do final do exercício de 2003 e o recebimento das mercadorias somente ocorreram no exercício seguinte - item 3, fls. 453, da defesa - com as respectivas comprovações;”*

Além disso, consta também outra intimação e AR dos Correios (fls. 775 a 776), devidamente assinado pelo preposto da empresa, datado de 19/08/2009, com a entrega da conclusão da diligência fls. 763 a 770, sem qualquer manifestação no prazo estipulado.

VOTO

Nas infrações 01 e 02, estão sendo exigidos valores referentes a recolhimento a menos e falta de recolhimento do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização.

Reza o § 2º do art. 353 do RICMS/97 que as farmácias, drogarias e casas de produtos naturais farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de quaisquer mercadorias efetuadas neste Estado ou procedentes do exterior, sem prejuízo do disposto no art. 371 acerca das aquisições interestaduais (art. 61, V).

Quanto ao primeiro item, pelo que consta esclarecido no corpo do auto de infração e na informação fiscal, a conclusão fiscal está baseada na constatação de que conforme informação existente nos Registros 50x53x54x75 dos Arquivos Magnéticos do SINTEGRA, foram verificadas

divergências entre os valores do ICMS-ST Retido - Reg. 53 e os informados nas DMAs e recolhidos, sendo também consideradas no levantamento fiscal notas fiscais resgatadas do CFAMT.

Portanto, a conclusão fiscal está baseada nas informações apresentadas no arquivo magnético, e em verificações efetuadas no Livro Registro de Apuração do ICMS - cópias fls. 702/739, cuja autuante informou que não teve como acatar a alegação defensiva a respeito de estorno de débito e ressarcimento, uma vez que o autuado não obedeceu ao estabelecido no RICMS/BA.

Verifico que a autuante na informação fiscal acabou por acatar as razões defensivas de que foram incluídas no levantamento do imposto devido por antecipação notas fiscais de aquisição, cujo valor da antecipação já havia sido paga pelo emitente (na maioria dos casos com valores superiores ao apurado pela auditoria) o qual possui regime especial para efetuar o devido recolhimento, bem assim, que o levantamento foi realizado apenas pelos valores das aquisições e não foi considerado o valor do ressarcimento, opinando pela insubsistência da autuação.

Na Sessão de Julgamento do dia 20/03/2009, a 1ª JJF entendeu que era necessária a realização de diligência fiscal para que a autuante justificasse os pontos examinados na defesa que conduziram a inexistência desta infração, bem como a origem da divergência entre as cópias do RAICMS apresentadas pelo autuado e as colacionadas pela autuante.

O pedido do órgão julgador foi devidamente atendido, conforme manifestação da autuante (fls. 763 a 764), sendo esclarecido que foi acatada a alegação defensiva referente ao ressarcimento com base nas planilhas apresentadas às fls. 479/666 (doc.I-A), corroboradas pelos exames nos Arquivos Magnéticos apresentados via SINTEGRA, por ter constatado que realmente o autuado efetuou vendas de produtos farmacêuticos para fora do Estado e internamente, para hospitais, clínicas, ambulatorios, casas de saúde, etc., o que lhe confere o direito à recuperação do imposto retido quando da entrada destes produtos no seu estabelecimento.

Sobre a divergência entre as cópias do RAICMS apresentadas pelo autuado x autuante, inexistente, pois o autuado apresenta às fls. 468/478 um "Demonstrativo da escrituração da antecipação e Resumos da Apuração". Conclui que não se trata de um segundo RAICMS, trata-se de uma memória de cálculo e um resumo da apuração.

Nestas circunstâncias, restando definitivamente esclarecidas as questões suscitadas pela 1ª JJF, e que houve erro na apuração do débito por não ter sido considerado o direito do contribuinte quanto ao ressarcimento previsto no RICMS/Ba, em razão de vendas para fora do Estado e internamente, para hospitais, clínicas, ambulatorios, casas de saúde, etc., fica descaracterizada a infração imputada ao autuado neste item.

Com relação à infração 02, no tocante a alegação defensiva de que não adquiriu as mercadorias, e que a fiscalização não informou o emitente das notas nem forneceu as provas do recebimento das mesmas, foi informado pela autuante na informação fiscal que todas as notas fiscais citadas referentes a esta infração encontram-se no Vol. II do PAF, fls. 272 a 442 e as citadas pela defesa, encontram-se às fls. 286; 297; 391 e 415.

No que tange aos equívocos apontados na defesa, o preposto fiscal concordou com a exclusão, no levantamento fiscal, do débito relativo às notas fiscais nº 13958 (abril/03); 29026 (maio/03); 131082 (novembro/03); 3830 (dezembro/03), confirmando a alegação defensiva de que foi efetuada a antecipação tributária das citadas notas fiscais, bem como, que as notas fiscais nº 51564, 52000, 52001, 52386, 52652, 52915 e 52925, embora emitidas no mês de dezembro, as mercadorias foram recebidas no mês de janeiro/04, tendo acostado aos autos as planilhas refeitas dos meses em

questão, conforme demonstrativos às fls.740 a 746.

Além disso, conforme dito acima, o processo foi convertido em diligência pela 1ª JF, para o cumprimento das providências especificadas no despacho de diligência às fls.759 a 760, ensejando a expedição da intimação às fls.765 a 766, expedida ao autuado, para apresentação de:

3. *“Planilha discriminando todas as notas fiscais que, simultaneamente, encontram-se: incluídas no levantamento fiscal, constam dos arquivos magnéticos, encontram-se registradas nos livros fiscais e foram realizadas a antecipação do imposto normalmente efetuada pelo contribuinte, consoante alegação defensiva no item 2, fl. 453, com as respectivas comprovações documentais;*
4. *Planilha discriminando todas as notas fiscais cujas datas de emissão é do final do exercício de 2003 e o recebimento das mercadorias somente ocorreram no exercício seguinte - item 3, fls. 453, da defesa - com as respectivas comprovações;”*

Além disso, consta também outra intimação e AR dos Correios (fls. 775 a 776), devidamente assinado pelo preposto da empresa, datado de 19/08/2009, com a entrega da conclusão da diligência fls. 763 a 770, sem qualquer manifestação no prazo estipulado.

Desta forma, tendo em vista que o autuado foi devidamente cientificado do teor da informação fiscal às fls.695/696 e da diligência às fls.759 a 760, conforme intimações e respectivos Ar dos Correios às fls. 753/754 e 775/776, e não se manifestou, considero o seu silêncio como uma aceitação tácita do resultado declarado nas referidas informações fiscais.

Assim, levando-se em consideração o demonstrativo refeito pelo autuante à fl. 746, o débito deste item fica reduzido para o montante de R\$89.346,96, conforme quadro abaixo:

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$89.346,96, ficando o demonstrativo do débito da infração 02, modificado conforme segue:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO						
Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	VL.do Débito	INF.
31/1/2003	09/02/2003	58.402,82	17,00	70	9.928,48	2
28/2/2003	09/03/2003	25.910,06	17,00	70	4.404,71	2
31/3/2003	09/04/2003	24.630,65	17,00	70	4.187,21	2
30/4/2003	09/05/2003	11.163,29	17,00	70	1.897,76	2
31/5/2003	09/06/2003	16.735,82	17,00	70	2.845,09	2
30/6/2003	09/07/2003	4.440,53	17,00	70	754,89	2
31/7/2003	09/08/2003	3.700,24	17,00	70	629,04	2
31/8/2003	09/09/2003	8.068,88	17,00	70	1.371,71	2
30/9/2003	09/10/2003	279.136,71	17,00	70	47.453,24	2
31/10/2003	09/11/2003	48.601,12	17,00	70	8.262,19	2
30/11/2003	09/12/2003	21.466,53	17,00	70	3.649,31	2
31/12/2003	09/01/2004	23.313,71	17,00	70	3.963,33	2
TOTAL					89.346,96	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147794.0001/08-9**, lavrado contra **REYDROGAS COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$89.346,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR