

**PROCESSO** - A. I. Nº 299130.0088/15-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e F&F DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.  
**RECORRIDOS** - F&F DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO– Acórdão 5ª JJF nº 0055-05/16  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0143-12/17

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. EXISTÊNCIA DE VÍCIO DA DECISÃO. Configurado que a Decisão foi manifestamente contrária às provas dos autos, o que conduz à sua nulidade, devendo os autos retornarem à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo das falhas apontadas, adentrando ao mérito, sob pena de haver a supressão de instância. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, de iniciativa do Presidente do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), conforme previsto no art. 169, § 2º, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, nas hipóteses em que se configure decisão manifestamente contrária à legislação tributária, às provas dos autos ou ao entendimento manifestado em julgamentos reiterados do CONSEF, quando o débito exonerado for inferior aos limites previstos na alínea “a” do inciso I do citado dispositivo legal, como também de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a Decisão exarada através do Acórdão JJF nº 0055-05/16, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$392.136,95, em razão de seis exações, sendo a quinta objeto do Recurso de Ofício e as exações 1, 3 e 4 do Recurso Voluntário, a saber:

Infração 1 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$206.105,47, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no meses de dezembro/2010; fevereiro a abril/2011; agosto, outubro a dezembro/2012; março a agosto, outubro e dezembro/2013; janeiro a dezembro/2014.

Infração 3 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$23.855,13, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2011.

Infração 4 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$49.704,10, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, abril, julho/2011 e julho/2012 a setembro/2013.

Infração 5 - Multa percentual, no valor de R\$36.106,91, sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de dezembro/10; fevereiro a junho/11;

maio e setembro/12; janeiro a agosto e outubro a dezembro/13; janeiro a dezembro/14.

A Decisão de primeiro grau considerou o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$356.030,04, diante das seguintes considerações, em relação às citadas exações:

Em relação à primeira infração:

*A primeira infração trata do cálculo do imposto devido nas aquisições de medicamentos por contribuinte autorizado a aplicar o percentual de 16% (dezesesseis por cento) sobre o valor da aquisição das mercadorias, conforme no item 13 do inciso II, do art. 353 do RICMS:*

*§ 2º. Em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no "caput", o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 16% (dezesesseis por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 3% (três por cento) do preço máximo da venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.*

*O impugnante arguiu que foi utilizado o valor da aquisição na nota fiscal, conforme preceitua o texto legal. Observando-se a parte em negrito nada revela quanto à obrigatoriedade de se observar o preço de aquisição como sendo o da "nota fiscal" pelo valor total, mas o preço da nota fiscal (aquisição) pelo valor da mercadoria individualizada.*

*Impossível aplicar-se na base de cálculo o valor da nota fiscal cheia, exceto se for de único medicamento, visto que o parâmetro do valor limite é de 3% de venda ao consumidor, e isto muda de item para item, sendo inconcebível averiguar qual seria esse limite se não se sabe de que mercadoria se trata. Aplicar simplesmente o percentual de 16% sobre o valor da nota, não garante que o valor apurado não seja inferior a 3% do PMC de alguns medicamentos. Assim, não logrou o impugnante trazer qualquer erro material do levantamento efetuado pelos autuantes. Infração 1 procedente.*

Inerente à terceira infração:

*Na infração 3, também decorrente da auditoria de estoques, o impugnante diz que não existe ausência dos pagamentos informados, como também dos registros, devido ao fato de que o imposto foi devidamente recolhido, conforme consta na planilha existente nos autos. Trata-se como foi o caso da infração 2, de auditoria de estoques em que se constatou ausência de registro de entradas de mercadorias da substituição tributária. Tal ausência implica obviamente na ausência de pagamento do imposto, a menos que o impugnante comprove erro no levantamento e por conseguinte, da inexistência das omissões apontadas. Infração 3 procedente.*

No tocante à quarta infração:

*Na infração 4, o impugnante refuta o lançamento, sob a justificativa de que não houve o destaque nas Notas Fiscais referente às vendas dos produtos que não estão inseridas no Regime Especial de antecipação tributária, devido ao sistema utilizado à época (parametrização anterior ao Sistema de Acompanhamento de Processos - SAP), mas que procedeu com o pagamento quando da antecipação parcial (recolhimento do imposto), o que, por decorrência lógica, não causou prejuízos ao fisco. Não há liame entre o fato imputado (saída de mercadorias tributáveis com não tributáveis) e os elementos trazidos à defesa, exceto a confissão de que houve erro em seu sistema. Não trouxe qualquer comprovação de pagamento do imposto. Infração 4 procedente.*

No que se refere à quinta infração:

*Na Infração 5, fls. 142/150, aparece demonstrativo com o título ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA, cujo total à fl. 150 é de R\$36.029,99, portanto da citada infração, além do título da planilha não corresponder à descrição da infração, os CFOP indicam 5.403, saídas de mercadorias e o levantamento do valor devido na infração descrita se faz pelas notas de entrada. Neste caso, o impugnante tem razão, pois o cálculo de eventuais ausências de pagamentos de antecipação parcial, se faz pelas entradas, com preço praticado nas aquisições, e não nas saídas. Infração 5 nula.*

No Recurso Voluntário, às fls. 293 a 304 dos autos, restrito às infrações 1, 3 e 4, o recorrente sustenta que em momento algum apurou o ICMS devido por antecipação tributária de forma equivocada, como informado na "infração 1", visto que agiu corretamente em total consonância com o disposto no § 2º, do art. 1º, do Decreto nº 11.872, de 4 de dezembro de 2009, optando em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação no percentual de 16% (dezesesseis por cento) sobre o valor da aquisição.

O recorrente salienta ainda que os autuantes se equivocaram nos cálculos conforme planilhas que diz anexar, do que pede que as considere ou refaça os cálculos de modo que se possa enviar o correto procedimento e, por fim, concluir que o contribuinte procedeu dentro dos ditames da lei.

Quanto à infração 3, o recorrente alega que o Fisco "equivocadamente" entende que não foram recolhidos pelo autuado os valores de ICMS e antecipação tributária por diferença quantitativa de estoque. Todavia, ao contrário destas afirmações, não existe ausência dos pagamentos informados, como também dos registros, devido ao fato de que o imposto foi devidamente recolhido (pago no dia 25), conforme consta na planilha existente nos autos. Portanto, segundo o recorrente, carece de amparo legal a acusação fiscal, visto que o imposto foi recolhido por antecipação pela autuada, quando da entrada dos produtos no Estado da Bahia.

Inerente à infração 4, o recorrente aduz que, mais uma vez, os autuantes equivocaram-se tendo em vista que, muito embora não houve o destaque nas notas fiscais referente às vendas dos produtos que não estão inseridas no Regime Especial de antecipação tributária, devido ao sistema utilizado à época (parametrização anterior ao Sistema de Acompanhamento de Processos - SAP), a autuada procedeu com o pagamento quando da antecipação parcial (recolhimento do imposto), o que, por decorrência lógica, não causou prejuízos ao fisco, fato esse, inobservado pelos autuantes, logo, não causou nenhum prejuízo financeiro ao Estado da Bahia.

Invoca o princípio da segurança jurídica e que a acusação de omissão de recolhimento e pagamento de tributos deve ser comprovada, do que cita doutrina e, havendo dúvida, deve-se aplicar o princípio "*in dubio pro réu*", ou "*in dubio pro contribuinte*", conforme o inciso II do artigo 112 do CTN, pois, segundo o recorrente, conforme se infere, a acusação constante do auto de infração revela que o Estado, por meio de seus autuantes, sequer tem domínio da acusação que realiza, pois não fiscalizou como deveria se o não recolhimento foi de todo ICMS do período ou apenas de parte deste, como também inobservou a aplicação correta dos percentuais em total consonância com os ditames da lei.

Diante de tais considerações, o recorrente sustenta que o Auto de Infração deve ser nulo, pois juridicamente inválido e impossível de ser cumprido, como também propicia o divórcio do Acórdão proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Estado da Bahia ao estatuído no citado Decreto.

Às fls. 310/311 dos autos consta Recurso de Ofício de iniciativa do Presidente do CONSEF, nos termos do art. 169, §2º, do RPAF, interposto contra a decisão contida no Acórdão JJF nº 0055-05/16, que julgou nula a infração 5 do Auto de Infração em epígrafe, cuja exação decorre da aplicação da multa no valor de R\$36.106,91, resultado do percentual de 60% sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, tendo em vista que a 5ª JJF julgou nula a referida infração ao entendimento de que:

*"Na infração 5, fls. 142/150, aparece demonstrativo com o título ERRO DA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA, cujo total à fl. 150 é de R\$36.029,99, portanto na citada infração, além do título da planilha não corresponder à descrição da infração, os CFOP indicam 5.403, saídas de mercadorias e o levantamento do valor devido na infração descrita se faz pelas notas de entrada. Neste caso, o impugnante tem razão, pois o cálculo de eventuais ausências de pagamentos de antecipação parcial, se faz pelas entradas, com preço praticado nas aquisições, e não nas saídas."*

Sendo assim, por ficar comprovado que o resultado do julgamento levado a efeito pela 5ª JJF configura decisão manifestamente contrária as provas dos autos, visto que o relator para decidir pela nulidade da infração 5 tomou como base planilhas relacionadas à infração 4, o Presidente do CONSEF, nos termos do art. 169, §2º, do RPAF, propôs que o PAF fosse submetido à nova análise, via Recurso de Ofício, e que fosse processado e encaminhado a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal para reexame da matéria exposta, por entender que restou demonstrada a admissibilidade da presente peça recursal.

Às fls. 312 a 315 dos autos o sujeito passivo foi cientificado do Recurso de Ofício interposto, mantendo-se silente.

Em seguida, o PAF foi distribuído à 1ª CJF ao Conselheiro Rodrigo Pimentel que, à fl. 319 dos autos, por notório impedimento do próprio Presidente do CONSEF, que também é presidente da

referida Câmara, devolveu os autos à Secretaria do CONSEF para que fosse redistribuído para um dos Conselheiros da 2ª CJF, para julgamento.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, prolatada através do Acórdão nº 0055-05/16, em relação às infrações 1, 3 e 4 do Auto de Infração em epígrafe, como também de Recurso de Ofício, de iniciativa do Presidente do CONSEF, previsto no art. 169, § 2º, do RPAF, por entender que o resultado do julgamento da quinta infração configura decisão contrária as provas dos autos.

Inicialmente, da análise do Recurso de Ofício, interposto às fls. 310 e 311 dos autos, há de salientar que o art. 169, §2º, do RPAF, estabelece que *“Caberá, ainda, o procedimento do recurso de ofício, por iniciativa do Presidente do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), nas hipóteses em que se configure decisão manifestamente contrária à legislação tributária, às provas dos autos ou ao atendimento manifestado em julgamentos reiterados do CONSEF, quando o débito exonerado for inferior aos limites previstos na alínea “a” do inciso I”*.

Também, verifica-se que, efetivamente, a Decisão recorrida, ao concluir ser NULA a quinta infração, se baseou na premissa equivocada de que a acusação fiscal se fundamentou no demonstrativo à fl. 150, sob o título de *ERRO DA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA*, pois, da análise dos autos, constata-se que a dita infração se sustenta nos demonstrativos de fls. 161 a 180 dos autos, os quais relacionam entradas interestaduais de mercadorias adquiridas para comercialização, cujas antecipações parciais não foram efetivadas, quando das entradas das mercadorias, tributando as saídas posteriores, sendo-lhe aplicada a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 para quando o imposto não for recolhido por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares.

Diante destas considerações, há de prover o Recurso de Ofício interposto, de iniciativa do Presidente do CONSEF, por restar configurada, no caso concreto, a hipótese legal em que a decisão foi manifestamente contrária às provas dos autos, o que conduz à nulidade da decisão, devendo os autos retornarem à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo das falhas apontadas, adentrando ao mérito, sob pena de haver a supressão de instância.

Em consequência, vislumbro PREJUDICADA a análise das razões sobre o Recurso Voluntário.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PREJUDICADO o Recurso Voluntário, para decretar a nulidade da Decisão recorrida e o retorno dos autos à primeira instância para novo julgamento, a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado para declarar NULA a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **299130.0088/15-0**, lavrado contra **F&F DISITRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo os autos retornarem à Primeira Instância para submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/ RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS