

**A. I. Nº** - 210404.0005/18-6  
**AUTUADO** - CENTRAL FARMA COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ MARIA DIAS FILHO  
**ORIGEM** - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 26.08.2019

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0125-04/19

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS PELO FATO DE ESTAREM SUJEITAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As operações indicadas nos documentos fiscais que deram causa à autuação não foram objeto de comprovação pelo autuado e se encontram incluídas no rol da substituição tributária, especificadas pelo Anexo I do RICMS/BA. Acusação mantida. Não acolhidas as arguições de equívoco no enquadramento legal da infração imputada, bem como da penalidade aplicada pelo descumprimento da obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, foi lavrado em 31/10/2018, com o fito de exigir crédito tributário no montante histórico de R\$123.837,29, mais multa de 60%, com previsão no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Produtos como ÁGUA OXIGENADA, ASPIRADOR NASAL, CHÁS, COPOS, TALHERES, INALADORES, SUPLEMENTOS ALIMENTARES, MEL, KITS PARA CABELO, ÓLEOS CORPORAIS, dentre outros conforme demonstrativo analítico anexo em CD-ROM”*.

Cientificado do lançamento o autuado ingressou com a Impugnação de fls. 20 a 22 onde apresenta uma síntese dos fatos e, em seguida, pontua que houve interpretação equivocada do autuante em relação ao enquadramento legal da acusação e, conseqüentemente da multa aplicada.

Sustenta que o autuante não observou o estorno de débito constante nos arquivos SPED, conforme afirma estar comprovado na *“documentação anexada”*.

Após voltar a questionar a multa aplicada, acentua que o autuante equivocou-se ao afirmar erroneamente que *“falta a entrega de arquivos SPED”*, porém estes foram devidamente entregues conforme recibos que foram apresentados ao autuante e comprovados mediante documentos em anexo.

Com estes argumentos requer *“a sustação do equivocado Auto de Infração por estar equivocado e ser improcedente, no que tange as infrações ora Impugnadas, reconhecendo como corretas as demais e, por conseguinte, seja desconsiderada a cobrança do tributo guerreado, perdendo de imediato seus efeitos jurídicos, por não ter mais sustentação o objeto da autuação no que pertine a infração aduzida”* (sic).

O autuante prestou Informação Fiscal de acordo com o constante às fls. 38 a 45 pontuando que o autuado alegou que *“estornou débito”* nos arquivos SPED, conforme documentação anexa, razão pela qual teceu as seguintes considerações:

1. Que a imputação deste Auto de Infração se refere a falta de tributação nas saídas de mercadorias, enquanto que a análise do *“estorno de débito”* alegado pela defesa agrava a

situação posta, pois que como as saídas não sofreram destaque de ICMS a débito, não se pode estornar o que não foi sequer lançado;

2. O ICMS lançado se refere aos meses de janeiro/2014 a dezembro/2015, e o autuado enviou à SEFAZ os arquivos SPED/EFD em branco referente aos meses de 02, 03, 09 e 11 de 2014 e 01, 02, 03, 04, 05, 06, 08 e 09 de 2015 os quais foram objeto de autuação no AI- 2104040004/18-0 neste mesmo procedimento de fiscalização.

3. Os demais meses não há qualquer registro do alegado “estorno de débito”.

Neste contexto e para comprovar sua afirmação acima, reproduziu às fls. 40 a 44 os registros fiscais da apuração do ICMS/operações próprias do autuado relativos aos meses de janeiro/14, abril e maio/14, julho e agosto/14, outubro e dezembro/14, julho, outubro, novembro e dezembro/15.

Assim, com base nos demonstrativos acima mencionados, diz que se vê, de forma cristalina, que o autuado não efetuou, como alega, o estorno dos débitos fiscais, ademais, como já dito anteriormente, esta alegação, por si só, nada acrescenta na solução da lide.

Concluiu mantendo a autuação e remeteu o processo à Infaz Feira de Santana, “*no sentido de intimar o contribuinte a proceder alegações finais no prazo máximo de 15 (quinze) dias*”.

Em atendimento a recomendação supra efetuada pelo autuante a Infaz Feira de Santana encaminhou ao autuado a intimação de fl. 48 a qual foi entregue mediante Aviso de Recebimento constante à fl. 49, oportunidade em que o autuado, desta vez por intermédio de seus patronos, se pronunciou conforme consta às fls. 51 a 53 onde, em síntese trouxe os argumentos a seguir delineados.

Após considerações iniciais pontuou que o autuante, de forma equivocada, não considerou os pagamentos realizados acerca do ICMS código 0759 e, também, procedeu de forma equivocada que considerou no lançamento mercadorias que nos períodos autuados encontravam-se efetivamente incluídas no rol da substituição tributária.

Sustenta que “*procedeu ao pagamento do imposto por antecipação tributária, tendo apenas a ausência de destaque nas notas fiscais dos produtos que não integram o Regime Especial que, devido ao fato de não ter sido estabelecido parâmetro de processamento, não pode assim proceder*”. Com isso afirma que não houve qualquer prejuízo ao erário.

Concluiu destacando que por decorrência lógica a empresa autuada requer “*a sustação do equivocado Auto de Infração por estar em desacordo com os ditames inseridos no RICMS-BA, por conseguinte, seja desconsiderada a cobrança do tributo, perdendo de imediato seus efeitos jurídicos, por não ter mais sustentação o objeto da autuação no que pertine às infrações equivocadamente lavradas no retro mencionado Auto de Infração*” (sic).

O autuante voltou a se pronunciar de acordo com o que consta às fls. 67 a 69, onde observa que em face dos argumentos exarados pela defesa em sua manifestação cita que a imputação fiscal decorre de falta de destaque do ICMS nas notas fiscais de saídas, ou seja, operações tributadas como não tributadas.

Diz que o defendente admite tal situação quando alegou em sua 1ª Manifestação “*inobservou o estorno de débito nos sobreditos arquivos Sped*”, argumento este que considera rechaçado na informação fiscal inicial onde, ou seu entender, ficou demonstrada a total impertinência entre a imputação fiscal e alegação da defesa, já que o que fora autuado foi a falta de destaque de ICMS nas operações de saídas de mercadorias tributáveis enquanto que a defesa alega que efetuou “estorno de débito nos SPED’s, alegação esta que considera em nada elide a acusação fiscal.

Pontua em seguida que o autuado quando da sua 2ª Manifestação alegou que “*não considerou os pagamentos realizados acerca do ICMS do Código 0759 e, também, procedeu de forma equivocada quando colocou (mencionou) mercadorias que nos anos tidos como autuados eram, em verdade do Regime de substituição tributária*”.

Neste sentido diz que o código de recolhimento 0759 refere-se a ICMS REGIME NORMAL – COMÉRCIO, o que em nada elide a autuação, pois se o autuado não se debitou nas notas fiscais de saídas, débitos estes ora reclamados, estes sequer fizeram parte do compute do ICMS normal recolhido no mês.

Adiante observa que quanto a alegação de que as mercadorias estariam sujeitas ao regime ST, frisa que tal informação não foi provada pela defesa e que também não teria como, pois, que observando o NCM dos produtos objeto das notas de saídas sem destaque do ICMS em confronto com os NCM elencados no anexo ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS 2012 se observa que as mesmas estão sujeitas a tributação normal, apresentando o quadro abaixo para efeito de constatação:

| Prod  | NCM      | Fornecedor                 |
|---|----------|----------------------------|
| AGUA OXIG.10VOL 100ML.                        | 28470000 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| APARELHO PRESSAO DE PULSO DIGITAL             | 90189092 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| ASPIRADOR NASAL AZUL(7170/12)                 | 39249000 | LOLLY BABY PRODUTOS        |
| BALA DE GENGIBRE                              | 17049020 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| BANANADA NATURAL C/AMEIXA.CX/24UNID.          | 20079990 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| BARRA DE CERAL BANANA C/24.BARRAS             | 19142000 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| BARRA DE CERAL CHOCOLATE E BANANA C/24.BARRAS | 19042000 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| BICARBONATO DE SODIO 100G                     | 21069090 | DISTRIBUIDORA AMARAL       |
| CHA ABACAXI C/HORTELA 10 SACHES 15G           | 21011200 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| CHA DE CAMOMILA C/10.SACHES                   | 09021000 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| CHIA EM GRAOS 300G                            | 00000000 | NÃO IDENTIFICADO           |
| COLETOR PETNOR.C/CX 120UNID.                  | 39269040 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| COLHER DE SIL NET AZUL.(7112/12)              | 39241000 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| COMPOSTO MEL EXT.PROP.280G                    | 04090000 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| CONFIRA TESTE                                 | 38220010 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| CONJ.CABELO COLOR (7052/12)                   | 96032900 | LOLLY BABY PRODUTOS        |
| COQUETELEIRA MAXFORCE                         | 39233000 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| CORTADOR UNHA INFANTIL AZUL(7310/12)          | 82142000 | LOLLY BABY PRODUTOS        |
| FORTONICO 400ML.                              | 21069030 | PHARMASCIENCE LABORATORIOS |
| GLICERINA BI-DEST.100ML.                      | 15200010 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| INALADOR COMPRESSOR                           | 90192020 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| JOELHEIRA AJUSTAVEL C/HASTES DE ACO FLEXIVEL  | 63079090 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| LIMPTERM 40MG/G 30G(HIDROQUINONA)             | 29072200 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| LOCAO REPELENTE MOSKITOFF 120ML               | 38089199 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| MANTEIGA DE CACAU BATON 12UN.                 | 18040000 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| MEL ROSADO 30 ML                              | 13021999 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| OLEO 60ML.ABACATE                             | 33019010 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| OLEO DE AMENDOA DOCE 30ML.                    | 15159090 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| OLEO DE BANANA 28ML.                          | 29153939 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| OLEO DE COPAIBA 30ML                          | 33019040 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| PEDRA HUME 20G.                               | 28419089 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| PEDRA HUME 25G.                               | 28333000 | DISTRIBUIDORA AMARAL       |
| PORTA MAM COLOR P/01MAM.(7093/07)             | 42021210 | LOLLY BABY PRODUTOS        |
| PROBENTOLDERMA CRE.20G(DEXPANTENOL)           | 34013000 | UNIDROGAS IND. E COM.      |
| PROTEIN EASY BAR SAB.CHOCOLATE 12 BARRAS      | 21061010 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| SAB.AVEIA E PROPOLIS 90G.                     | 34011190 | PHARMASCIENCE LABORATORIOS |
| SAB.LIQ.INTIMO FRESH HIDRADERM 220ML.         | 34012010 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| SORO FISIOLÓGICA 100ML                        | 25010090 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| TERMOMETRO DIGITAL FLEXIVEL                   | 90251990 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| TESOURINHA INF.C/CAPA.AZUL(7300/12)           | 82130000 | LOLLY BABY PRODUTOS        |
| TIADOL POMADA 20G.                            | 34011110 | VALEANT FARMACEUTICA       |
| TIRA LEITE AMARELO C/01UNID.                  | 90189099 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| VASELINA 100ML                                | 27101991 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |
| VASELINA LIQUIDA 30ML.                        | 27121000 | MSR FARMA COMERCIAL LTDA   |

Concluiu pontuando que da análise dos termos apresentados pelo autuado verificou que este não apresentou elementos probatórios suficientes para elidir a acusação fiscal, razão pela qual mantém o Auto de Infração e requer sua procedência.

## VOTO

O presente Auto de Infração, cuida da exigência do ICMS na quantia de R\$123.837,29, decorrente da acusação de que nos exercícios de 2014 e 2015, o autuado escriturou em seus livros fiscais operações de saídas de mercadorias tributáveis, porém, consideradas como não tributáveis.

Em sua primeira intervenção processual, o autuado arguiu que o enquadramento legal da infração se encontra equivocada e, em consequência também a multa aplicada.

O enquadramento legal da acusação está posto com base nos arts. 2º, inciso I e 32 da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 332, inciso I do RICMS/BA.

O art. 2º, I, da Lei nº 7.014/96 trata da incidência do ICMS nas operações sujeitas a este imposto, portanto, nos estritos termos da autuação, tem total pertinência já que se trata de saídas de mercadorias tributáveis, as quais estão sujeitas a incidência do imposto. Já o art. 32, se relaciona a falta de pagamento do imposto decorrente de operações de saídas de mercadorias sujeitas à tributação, logo, entendo que o enquadramento legal da acusação em relação a estes dois dispositivos legais está correto. Por igual, está correta a menção ao art. 332, I do RICMS/BA visto que se refere a data do recolhimento do imposto, o que não ocorreu neste caso pois por se tratar de operações de saídas de mercadorias tributáveis o imposto não foi lançado e, consequentemente, deixou de ser recolhido. Afasto, portanto os argumentos defensivos a questão do enquadramento legal, inclusive o relacionado a multa aplicada, que está de acordo com o previsto em lei.

No que diz respeito ao argumento defensivo, relacionado à inobservância pelo autuante dos ditos estornos, de débito alegados pelo autuado como efetuados, vejo que se trata de um argumento sem sentido e sem qualquer repercussão nos presentes autos, já que o que se exige é falta de pagamento do imposto decorrente de operações tributáveis escrituradas, porém consideradas sem tributação.

Isto significa que se o débito não foi efetuado, não há o que se estornar, e se porventura houveram tais estornos isso foi em decorrência de outras operações alheias à presente autuação e que, ao meu entender, se de fato isto ocorreu, caberia uma análise por parte da fiscalização para se certificar se tais estornos de débito já escriturados são possíveis perante a legislação tributária.

Quanto à questão do argumento relacionado à entrega do SPED, também em nada socorre ao autuado já que, caberia ao mesmo comprovar que neles estão registradas as operações objeto da autuação com o respectivo pagamento do imposto, o que não ocorreu.

Por oportuno, convém observar que o autuado quando da sua Impugnação inicial, conclui reconhecendo como corretas parte da autuação, apesar de não as identificar.

Quando da sua manifestação nos autos, após a Informação Fiscal prestada pelo autuado, o autuado sustentou que este não considerou os pagamentos que foram realizados através do código de receita 0759. Ora, este tipo de recolhimento se relaciona ao pagamento das operações normais realizadas e escrituradas com mercadorias tributáveis, sendo que, no caso sob análise, como confessadamente, não houve o débito do imposto em relação às operações objeto da autuação, portanto não há o que ser considerado pois tais pagamentos não abrangeram as notas fiscais que originaram o lançamento.

No tocante ao argumento de que as operações autuadas tiveram o imposto pago por antecipação já que tais mercadorias à época da ocorrência dos fatos se encontravam inclusas no regime da

substituição tributária, também não se sustenta, porque em primeiro lugar, o autuado não trouxe qualquer comprovação de que efetuou o pagamento antecipado do imposto em relação às mercadorias constantes dos documentos fiscais constantes do CD, anexado aos autos, fl. 15, do qual o autuado teve e tem conhecimento.

Em segundo lugar, o autuado, apesar de ter pleno conhecimento das mercadorias e documentos fiscais envolvidos na autuação, não comprovou que tais mercadorias à época se encontravam de fato incluídas na ST, o que deveria ter feito já que não tributou as respectivas saídas sob esta alegação. Isto significa que caberia ao autuado indicar no Anexo I do RICMS/BA, o item em que a mercadoria se encontrava inserida e o respectivo NCM, o que não foi feito.

A propósito e por oportuno, considero relevante o resumo apresentado pelo autuante quando do seu pronunciamento em relação à segunda manifestação pelo autuado, na medida em que o mesmo relaciona as mercadorias constantes das notas fiscais autuadas e aponta a NCM das mesmas, as quais, confrontadas com os itens constantes no Anexo I ao RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores, não se encontra nele incluído essas mercadorias, o que significa que estavam submetidas ao regime normal de apuração do imposto.

Em conclusão, e considerando que o autuado não comprovou suas alegações defensivas, mantenho a autuação e voto pela Procedência do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210404.0005/18-6**, lavrado contra **CENTRAL FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo o autuado ser intimado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$123.837,29**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2019

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA