

A.I. Nº - 206951.0004/18-9
AUTUADO - LUFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA EIRELI
AUTUANTE - GERALDA INES TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10.09.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0144-02/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. GLOSA DE CRÉDITO FISCAL. É vedado o crédito do imposto relativo a mercadorias cuja fase de tributação se encontre encerrada. As mercadorias relacionadas estão sujeitas ao regime normal de apuração. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 07/11/2018, exige crédito tributário no valor histórico de R\$22.786,30, acrescido da multa de 60%, pela constatação da infração seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Conforme notas fiscais, demonstrativo de cálculo e Livro Registro de Entradas, cópias anexas ao PAF, referente ao período de janeiro, março, abril, junho, agosto, outubro e dezembro de 2015 com aplicação de multa tipificada no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, §4º, inciso II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS/2012

O autuado impugna o lançamento, fls. 78 a 82, onde inicialmente descreve a infração, aborda a tempestividade e diz que a acusação de aproveitamento indevido de crédito fiscal relativo à aquisição de mercadorias adquiridas com antecipação tributária, não é procedente, conforme análise das escriturações fiscais digitais e das notas fiscais eletrônicas.

Explica que da análise das notas fiscais se verifica a presença de itens em regime de substituição tributária e sob o regime normal de tributação, portanto, há aproveitamento de crédito em alguns itens e em outros não.

Esclarece os registros C170 da escrituração fiscal digital criou um item a mais com CFOP 1102 que, erroneamente, agrupou os itens em regime normal e procedeu ao aproveitamento do crédito. Ainda assim, não houve aproveitamento do crédito indevido, uma vez que em todas as notas fiscais os créditos correspondem a itens em regime normal de tributação.

Relaciona os itens com descrição genérica e repetidas em todas as notas fiscais arroladas na infração, sujeitas ao regime normal de tributação. Dessa forma, entende ser possível o aproveitamento dos créditos fiscais, haja vista que as respectivas NCMs não estão incluídas no Anexo 1 do RICMS/2012, a seguir relacionadas.

CALCITRAN D3 – NCM 2106.90.90; VARICELL 300g GEL – NCM 3304.99.90; COLETOR UNIVERSAL 80 C/P – NCM 3926.90.40; BENZIN SABONETE – NCM 3401.11.10; RARIVIT COMPRIMIDO C/40 SUPLEMENTO – NCM 3401.11.10; TONICO VITAL SUPLEMENTO ALIMENTAR – NCM 2106.90.30; IMECAP HAIR – NCM 2106.90.90; LIPOMAX PLUS – NCM 2106.90.90; VARICELL GEL – NCM 3304.99.90; CALCIOVITAL – NCM 2106.90.30; COLÁGENO HIDROLISADO – NCM 2106.90.30; KI GUARANÁ – NCM 2106.90.30; LEVEDO DE CERVEJA – NCM 2106.90.30; MATHERLLY LACT – NCM 2106.90.30; NATUCLER – NCM 2106.90.30; NUTRIVITAZ – NCM 2106.90.30; BEPANTOL BABY – NCM 3304.99.90; SUPRADYN – NCM 2106.90.30; MATHERLLY GEST – NCM 2106.90.30.

Solicita, com base no art. 145 do RPAF/99, diligência fiscal para que sejam somados em todas as notas fiscais os valores correspondentes aos itens com NCM não listados no Anexo 1 do RICMS/2012, a fim de confirmar a correção dos créditos fiscais, demonstrando a improcedência da infração.

Defende que caso reste estorno de crédito, deverão ser considerados os demais créditos e o contexto das apurações no período, pois entende não haver impacto no saldo a pagar.

Requer seja acolhida a defesa e julgue improcedente do auto de infração, assim como o acompanhamento do processo pela Procuradoria Fiscal, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária.

A autuante presta a informação fiscal às fls. 129 a 131 onde após reproduzir os argumentos defensivos apresenta as informações a seguir.

Registra que na planilha de AUDITORIA DE CRÉDITO, à fl. 11, foram incluídos documentos com mercadorias tributadas normalmente e mercadoria sujeitas ao regime de substituição tributária, entretanto, garante que foram considerados os créditos que a autuada tem direito, como pode ser observado nos documentos às fls. 13 a 69.

Afirma que a defesa tenta confundir os fatos, listando os códigos existente nos referidos documentos para justificar seu pleito.

Esclarece que os códigos NCM 2106.90.90 e 3926 constam no anexo 1 de RICMS/2012. Os valores cujos itens estão associados aos códigos 3304 e 3401 tiveram o crédito considerado no levantamento. Dessa forma, entende, não assistir razão à defesa.

Ressalta que a defesa menciona a existência de saldo credor na conta corrente, crédito esse, que afirma não existir, vez que o mesmo é proveniente de procedimento irregular.

Pede que o auto de infração seja julgado procedente.

É o relatório.

VOTO

O lançamento em apreço constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação apresentada pela empresa autuada, que inaugurou o contencioso administrativo.

Verifico preliminarmente, que o auto de infração atende as exigências legais, estando presentes todos os pressupostos requeridos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99. O sujeito passivo tomou conhecimento do início da fiscalização através da intimação à fl. 06, remetida através do Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, cuja ciência ocorreu em 13/09/2018.

Constato que a autuada tomou conhecimento do auto de infração em 18/11/2018, fl. 03, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que fundamentaram a ação fiscal e demais documentos necessários para elaborar sua defesa.

Indefiro o pedido de diligência fiscal requerida pela autuada por não encontrar argumentos que justifique tal pretensão e por considerar que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores, conforme previsto no art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99.

No mérito a autuada discute especificamente a glosa dos créditos fiscais de itens arrolados na autuação que entende se tratar de mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração do ICMS e não ao regime de substituição tributária e admite que *“Analisando os registros C170 percebe-se que na escrituração criou-se um item a mais com CFOP 1102 que, erroneamente, agrupou os itens em regime normal e procedeu ao aproveitamento do crédito.”* Entretanto, diz que *“Ainda assim, não houve aproveitamento do crédito indevido (...) uma vez que em todas as notas os créditos correspondem a itens em regime normal.”*

A autuada foi intimada a proceder a retificação da sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, conforme fl. 05.

O autuante em sede de informação fiscal, assevera que “Na planilha de Auditoria de Crédito, fl. 11, foram incluídos evidentemente documentos com mercadorias tributadas normalmente e mercadoria da ST. Porém foram considerados os créditos que a autuada tem direito.”.

Verifico que o demonstrativo AUDITORIA DE CRÉDITO, fl. 11, elaborado pela autuante com base nos documentos, cujas cópias estão apenas aos autos às fls. 13 a 69, demonstram os créditos apropriados no livro Registro de Entradas, cujo conteúdo encontra-se gravado no CD à fl. 12, foram excluídos todos os valores cujos créditos são devidos dos itens listados a seguir.

Produto com Direito a Crédito Fiscal		Produto com Direito a Crédito Fiscal		Produto com Direito a Crédito Fiscal	
NCM	Descrição	NCM	Descrição	NCM	Descrição
3304.90.90	VARICEL 300G GEL DIVCO	1521.90.19	EXTRATO DE PRÓPOLIS	3401.30.00	KIT DERMAFEME VERÃO
3401.11.10	BENZIN SAB C/60G	3401.11.90	SABONETE DE AROEIRA	3822.00.10	GRAV TEST EASY
2102.30.00	LEVADO DE CERVEJA NATURELIFE	3401.11.90	SABONETE DE COCO	3808.91.99	XO INSETO LOÇÃO
3304.99.90	BEPANTOL BABY CR	1521.90.09	APIS FRESH SPRAY MEL	3808.91.99	XO INSETO SPAY
3304.99.90	BEPANTOL DERMA CR	3304.99.90	CETOMED 200MG COMP		

Noto que a autuante corretamente não considerou para efeito de glosa, os créditos fiscais decorrentes das aquisições dos itens acima listados.

Entretanto, considerou como indevido o crédito decorrente da aquisição dos itens com o NCM 2106.90.90 e do item COLETOR UNIVERSAL 80, NCM 3926.90.40, constante nas notas fiscais a seguir listadas.

Data	Nº NF	UF	CFOP	Valor - R\$		Alíquota	Crédito - ICMS	Folha
				Mercadorias	Base de Cálculo			
29/05/2015	054.169	ES	2102	8.346,00	8.346,00	12,00	1.001,52	38
26/06/2015	004.291	BA	1102	8.100,00	8.100,00	17,00	1.377,00	51
Soma							2.378,52	

O item Coletor Universal 80, NCM 3926.90.40, não está incluído no Anexo 1 do RICMS/2012, vigente em 2015, portanto, deve ser deduzido do valor exigido para o período de junho de 2015, fato que impõe a exclusão em razão de ser legítimo o direito do contribuinte ao crédito fiscal no valor de R\$2.378,52.

Os demais valores de créditos glosados no lançamento, correspondem a mercadorias classificadas sob o NCM 2106.90.90, por ter o autuante considerado tais mercadorias sujeitas a substituição tributária conforme declara na informação fiscal: “Os códigos 21069090 e 3926 estão no anexo 01 de RICMS (anexo a essa informação)”.

Quanto aos itens cujos NCM correspondem a 3926, descritos como COLETOR UNIVERSAL, descrição esta, que não condiz com a contida no Anexo 1 do RICMS/2012: OUTRAS OBRAS DE PLÁSTICO, PARA USO NA CONSTRUÇÃO CIVIL – 3926.9, portanto, sujeitos à tributação normal.

Os demais produtos cujos créditos constam do levantamento fiscal, correspondem ao NCM 2106.90.90, que estão inclusos no Anexo 1 do RICMS/2012, no item 6, cuja descrição corresponde a BEBIDAS ENERGÉTICAS E ISOTÔNICAS.

No caso em análise os itens classificados sob este código correspondem a suplementos vitamínicos em capsulas ou a *shake* em forma de sachês.

Segundo entendimento da Diretoria de Tributação - DITRI, externada em diversos pareceres, para se considerar a sujeição de determinada mercadoria ao regime da Substituição Tributária é necessário que exista coincidência entre as características da mercadoria comercializada e os atributos descritos na norma, a exemplo do Parecer nº 27850/2013.

PARECER FINAL

Número e ano: 27850 2013

Ementa: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONVÊNIO nº 74/94. Para fins de aplicabilidade do regime de substituição tributária, a mercadoria envolvida na operação deve apresentar denominação, finalidade e classificação fiscal (código NCM) coincidentes com as especificações contidas na norma.

A DITRI no Parecer nº 18810/2016, emitido por solicitação do contribuinte NUTRIRCOMSAUDE COMERCIO DE PRODUTOS, entende que *“As fórmulas para nutrição enteral e parenteral consistem em alimentos, não se enquadrando na definição de medicamentos ou de simples bebidas isotônicas ou energéticas. Os produtos utilizados com essa finalidade, bem como as substâncias que são empregadas no seu preparo, estão sujeitos à tributação normal do ICMS, e não ao regime de substituição tributária”*.

Quanto a definição de bebidas isotônicas, adiante o parecer esclarece que *“Com efeito, bebidas isotônicas podem ser definidas como sendo bebidas à base de água, sais minerais e carboidratos, indicadas precipuamente para a reposição de líquidos e eletrólitos perdidos através do suor, em virtude da realização de atividades físicas. Da mesma forma, as bebidas energéticas são aquelas que possuem baixo valor calórico e que contém estimulantes legais, vitaminas e sais minerais, destinadas a combater a fadiga e o sono, por possuírem em sua composição cafeína, guaraná, taurina, creatinina, e outros estimulantes”*.

As mercadorias listadas no levantamento sob o NCM citado, não são bebidas isotônicas como descrito no Anexo 1 do RICMS/2012 e sim suplementos vitamínicos, cujo entendimento do CONSEF, consoante julgamento do PAF 089598.0208/06-5, esposado no Acórdão CJF nº 0382-11/06, entende que *“suplemento vitamínico, produto não sujeito à substituição tributária”*.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0382-11/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Comprovado tratar-se de suplemento vitamínico, produto não sujeito à substituição tributária. Modificada a Decisão recorrida. Exigência insubsistente. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

Portanto, resta concluir que as mercadorias relacionadas na autuação, sob o código NCM 2106.90.90, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, e sim sob o regime normal de apuração, ou seja, com direito ao uso do crédito fiscal pelo contribuinte adquirente destas mercadorias.

Por todo o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206951.0004/18-9**, lavrado contra **LUFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA EIRELI**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR