

A.I. Nº - 207095.0004/20-2  
AUTUADO - COMERCIAL DE MEDICAMENTOS RECÔNCAVO LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUZA  
ORIGEM - INFACENTO NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/08/2021

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0122-02/21-Vd**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ISENTA. Os demonstrativos apontam tratar de mercadorias tributadas adquiridas para uso, consumo e ativo imobilizado. Incongruência entre os fatos apurados e a acusação, decretada de ofício a nulidade, com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99, em razão do lançamento não conter os elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. DECRETO Nº 7.799/2000. No período fiscalizado, 2017 e 2018, o contribuinte somente estava acobertado com Termo de Acordo vigente em parte do período. O refazimento dos cálculos acarretou insegurança da determinação da infração. Decretada de ofício a nulidade, com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS OU FALTA DE RECOLHIMENTO. A antecipação tributária não se aplica as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Neste caso, cabe o recolhimento do ICMS antecipação tributária, com encerramento da fase de tributação conforme prevê o art. 8º, § 4º, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Decretada de ofício a nulidade, com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99, em razão do lançamento não conter os elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DE MERCADORIAS. Caracterizada a falta de registro das notas fiscais eletrônicas na EFD transmitida pelo contribuinte. Autuada não elidiu a infração. Recomendado a repetição dos atos, a salvo de falhas para as infrações anuladas Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão inâmime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração foi lavrado em 13/02/2020, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$140.604,07, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

**INFRAÇÃO 01 – 01.02.03** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos períodos de novembro, dezembro de 2017, janeiro, abril, julho e novembro de 2018. ICMS no valor de R\$5.073,79, mais multa de 60%

tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, segundo o autuante “*Conforme demonstrativo anexo: Crédito Indevido – Mercadorias ISENTAS – Lista de notas fiscais/itens*”.

Enquadramento legal: art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. I, alínea “a” do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 02 – 03.02.05** – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, nos períodos de janeiro de 2017 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$57.251,23, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 17 a 21 e art. 23 da Lei nº 7.014/96, a depender da hipótese.

**INFRAÇÃO 03 – 07.15.02** – Recolheu a menor antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos períodos de janeiro de 2017 a abril e julho de 2018. ICMS no valor de R\$69.453,09, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, segundo informa o autuante “*Conforme demonstrativo anexo: antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida*”.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

**INFRAÇÃO 04 – 16.01.01** – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma das notas fiscais, nos períodos de janeiro a novembro de 2017. Multa no valor de R\$3.505,62, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 a 247 do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 05 – 16.01.06** – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor das entradas nos períodos de dezembro de 2017, e janeiro a dezembro de 2018. Multa no valor de R\$5.320,34, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 a 247 do RICMS/2012.

O autuante informa no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS:

*“Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização do estabelecimento comercial supracitado, em cumprimento a OS acima discriminada, após análise fática descrita abaixo, tendo sido apuradas as seguintes irregularidades:*

*DADOS CADASTRAIS:*

*O estabelecimento comercial é atacadista de medicamentos e drogas de uso humano – CNAE 4644301, incluso no CAD-ICMS em 11/08/2015.*

*Em conformidade com o relatório do INC/SEFAZ, Processos Tributários, é possuidor de dois termos de acordos: o de atacadista (Dec. 7799/00) a partir de 01/02/2018, o de medicamento (Dec. 11872/09) a partir de 09/11/2016.*

*RETIFICAÇÃO DAS EFDs*

*Diante das divergências detectadas, o estabelecimento foi autorizado para retificar as EFDs e o fez no prazo regulamentar.*

*ANÁLISE PRÉVIA DOS RELATÓRIOS DE AUDITORIA*

*Após a retificação das EFDs, enviei os Relatórios em 13/11/2019, porém não foi exitoso, vez que nada recebi da revisão.*

*EFD dos meses de jan a mar/2019*

*Com o intuito de verificar possíveis lançamentos de NFe emitidas em 2018 naqueles meses, essas escriturações foram analisadas e levadas em consideração no demonstrativo: MULTA – Nota fiscal de entrada não lançada”.*

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 55 a 66, onde inicialmente registra a tempestividade da defesa, faz uma breve descrição dos fatos, reproduz as infrações e os demonstrativos de débito, passando em seguida a expor seus argumentos.

Ao tratar da infração 01, pontua que o autuante não observou os estornos feitos nas declarações transmitidas através do SPED-Fiscal referente ao período fiscalizado.

Quanto a infração 02, diz que o Auditor Fiscal apontou erro na formação da base de cálculo do imposto, abatendo o desconto e reduzindo a base ao percentual de 41,176%. Contudo, não observou que o Termo de Acordo referente ao Decreto nº 7.799/2000, expirou e foi revogado em 31/12/2018, em consequência do processo nº 231489/2017-3. Assim a formação da base de cálculo, mencionada pelo autuante é indevida, tendo em vista que o Termo de Acordo no período em referência, estava revogado.

Adverte que não se pode desprezar a existência de produtos que possuem redução da base de cálculo, contudo o Fiscal desconsiderou tal fato, utilizando a base cheia, maior que o devido, conforme exemplo que demonstra.

Apresenta tabela onde levantou os dados e afirma que caso não fossem considerados os Termos de Acordo, de qualquer forma o valor cobrado ficaria inferior, se fossem utilizados os saldos credores dos períodos, cuja soma do valor a pagar totaliza R\$28.316,89.

Em relação a infração 03, referente ao recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, plota tabela onde relaciona dados de pagamentos de ICMS, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, conforme reproduzido.

**Janeiro de 2017**

Nº da Nota Fiscal	Valor dos Itens	ICMS - Antec. Parcial	Observação
069.177	2.026,74	228,31	Imposto pago do Substituição Tributária DAE nº 1700609691
041.869	432,00	50,34	Imposto pago do Substituição Tributária DAE nº 1701317222 - fevereiro
041.870	618,00	67,99	Imposto pago do Substituição Tributária DAE nº 1701317222 - fevereiro

Conclui que da análise das notas fiscais arroladas, o Fiscal está autuando sob o argumento equivocado da falta de pagamento do imposto, que foi pago em sua maioria por substituição tributária ou no mês subsequente.

Referente a infração 04 que exige multa pela entrada de mercadorias sem registro na escrita fiscal, afirma que reside outro engano no autuante, pois, as notas fiscais relacionadas não foram observadas nos respectivos arquivos do SPED-Fiscal, mesmo argumento aduzido para defender a infração 05.

Conclui pedindo pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação às fls. 116 e 117, referindo-se a uma “manifestação à informação fiscal”, onde assim se posiciona:

Infração 01 – Diz que o § 5º do art. 123 do RPAF foi totalmente descumprido pela autuada, que alegou, mas não juntou na defesa os estornos dos lançamentos que disse ter feito.

Infração 02 – Afirma que como relatado no Auto e anexado, a autuada detinha termo de acordo de atacadista, cadastrado na SEFAZ em 08/12/2017, parecer nº 2970/2018, com vigência em 01/2002 a 12/2018, anexo. O demonstrativo de cobrança foi elaborado a partir do pedido do termo de acordo, levando em conta a redução da base de cálculo de 41,176%, “porém atualizei-o com o período de vigência”.

Infração 03 – Explica que o instituto tributário da antecipação parcial é distinto da antecipação total ou substituição tributária do ICMS. Como dito pela autuada, os recolhimentos apresentados na defesa deram-se por esta e não por aquela.

Infrações 04 e 05 – Relata que a defesa que não apresentou os lançamentos dos documentos fiscais, segundo ela, de estornos. Assim, analisou as EFDs dos exercícios fiscalizados, inclusive os períodos de janeiro a março de 2019 e não encontrou registros dos documentos emitidos em 2018, listados no demonstrativo.

Conclui, cujo texto repete à fl. 121, o qual transcrevo integralmente, pela simplicidade e economia de argumentos expostos.

*“Infrações 01, 03, 04 e 05. Reconhecidas a procedência pelo autuado. Na 01, deixou de apresentar documentos por ele produzidos.*

*Infração 02. Realmente o autuado tem razão quantos aos itens e redução da base de cálculo. Reenviarei novo demonstrativo de Débito a menor – Erro na determinação da base de cálculo, o qual reduziu o valor reclamado para R\$62.771,92”.*

Copia os artigos 127, § 7º e 18, § 1º do RPAF/99.

Em conformidade com o art. 138 do RPAF/99, procedendo a análise dos autos, para fins de julgamento, foi constata por este relator que: (I) não consta apenas aos autos a informação fiscal do autuante; (II) não foram anexadas cópias físicas ou em arquivos gravados em mídia dos novos demonstrativos referentes às infrações 02 e 03, elaborados pelo autuante e motivador da reabertura do prazo de defesa; e, (III) não consta a manifestação da autuada, após a informação fiscal.

Diante dos fatos, os membros desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de pauta suplementar decidiram converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que se juntasse aos autos: (I) a informação fiscal prestada pelo autuante; (II) a cópia da manifestação da autuada, possivelmente apresentada em atendimento a INTIMAÇÃO FISCAL – REABERTURA DE PRAZO, fl. 108, a qual se refere o autuante na fl. 116, ou se não existir, consignar nos autos este fato; e, (III) as cópias impressas e mídia contendo os arquivos gravados, referente aos novos demonstrativos das infrações 02 e 03.

Os autos retornaram ao CONSEF em 25/05/2021, constando apenas uma cópia da informação fiscal elaborada pelo autuante em 06 de maio de 2020, fls. 128 e 129, onde encontra-se reproduzidos os argumentos da defesa, e as informações para todas as infrações, que são idênticas à segunda informação prestada, cujo teor encontra-se transcrito linhas acima, razão pela qual torna-se desnecessária a sua transcrição, acrescida do seguinte texto:

*“O sistema de lançamento de crédito tributário – SLCT, dividiu em quatro autos as infrações. Num deles, o PAF 207095.0017/20-7, intimei a autuada através de DT-e, anexo, para que em até 10 dias (art. 23 do RPAF) informar os medicamentos e seus NCM, pois a defesa somente apresentou um. Recebido a lista, alimentei o SIAF (sistema de fiscalização) com os novos dados, gerando, inclusive, novos demonstrativos para as infrações 02 e 03.*

*Por equívoco, prazo para apreciação da autuada, querendo, fazer nova manifestação, dissonante com o RPAF – aprovado pelo decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999: (transcrição dos artigos 127, § 7º e art. 18, § 1º do RPAF/99).*

*Assim sendo, diante da ciência do sujeito passivo através do DTE em 28/04/2020, Código Mensagem: 157782, anexo, solicito retificação para o prazo regulamentar de 10 (dez) dias, a iniciar após ciência dessa nova informação, enviando-lhe os novos demonstrativos das infrações 02 e 03”.*

Consta no documento anexado às fls. 130 e 131, sob o título “Informação ao PAF 207095.0004/20-2”, o seguinte texto referente a manifestação da autuada:

*“Infração 01. O fiscal alega não ter anexado os documentos referente aos estornos feitos, porém foi enviado junto à defesa os comprovantes de recibo no SPED Fiscal. No recibo não consta os estornos, porém o próprio fiscal, dentro do sistema da SEFAZ tem como identificar nos arquivos txt dos SPED enviado no registro E111 os valores e descrições dos estornos feitos.*

*Infração 02. Mesmo levando em consideração a redução da base de cálculo durante o período do termo de acordo, o fiscal deixou de reduzir a base de cálculo de alguns produtos, sem especificar o motivo.*

*Exemplo: 0004642 – Álcool Iodado 50 ml; 0000346 – Álcool 70% 50 ml; 0000063 – Óleo de Amêndoas Doce 30 ml; 000250 – Sadol 400 ml e 0300000476 – Bicarbonato de Sódio Medicamento FARMAX 100g.*

*Infrações 03 a 05. Como informado no primeiro levantamento de informações enviado para elaboração da defesa, foi constatado que as notas fiscais que o fiscal estava cobrando realmente estavam lançadas nos arquivos SPED Fiscal, desse modo, não tem o que alegar”. (Mantida a grafia original.)*

Sobre a manifestação transcrita, o autuante presta a seguinte informação datada de 22/05/2020:

*“Infração 01. O §5º do art. 123 do RPAF foi totalmente descumprido pela autuada: alegou, mas não juntou na defesa os estornos dos lançamentos que disse ter feito.*

*Infração 02. Como relatado no Auto e anexado ao PAF, a autuada detinha termo de acordo de atacadista (Dec. 7799/00) exarado pelo parecer 2970/2018, com vigência a partir de 01/02 a 12/2018. O demonstrativo de cobrança foi elaborado da data do cadastramento do pedido de acordo, porém, atualizei-o para o período de vigência. Reconsiderando tal fato, o valor a reclamar acresceu para R\$67.348,83, portanto, maior que o auto, sendo assim, solicito a NULIDADE dessa infração a fim de ser cobrada a posteriori.*

*Infrações 01, 03, 04 e 05. Reconhecida a procedência pelo autuado. Na 01, deixou de apresentar documentos por ele produzido”. (Mantida a grafia original.)*

Foi ainda anexado aos autos às fls. 132 e 133, um demonstrativo sob o título “Débito a menor – Erro na determinação da base de cálculo – Lista de notas fiscais/itens”, sem totalização, tampouco a que processo administrativo se refere.

É o relatório.

## VOTO

O Auto de Infração em análise, imputa ao sujeito passivo, contribuinte inscrito no Cadastro Estadual na condição NORMAL, atuante na atividade econômica do comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, a acusação do cometimento de cinco infrações à legislação tributária, todas tempestivamente impugnadas.

Como informado pelo Auditor Fiscal, fl. 129, o presente Auto de Infração decorreu dos trabalhos de auditoria fiscal-contábil desenvolvidos em cumprimento à ordem de serviço – OS nº 504961/19, que resultou na lavratura de mais três Autos de Infração.

O contribuinte em 05/11/2019, já era conhecedor do início da ação fiscal, conforme comprova a cópia da correspondência trocada entre o atuante e a responsável pela empresa, via *e-mail*, cópia apensa aos autos às fls. 12 e 13, tendo tomado ciência da lavratura do Auto de Infração em 19/02/2020 através de intimação encaminhada pelos CORREIOS, fls. 53 e 54.

O autuante aportou aos autos cópias impressas dos demonstrativos sintéticos e parcial dos demonstrativos analíticos às fls. 38 a 51, assim como gravados na inteireza em arquivos eletrônicos na mídia – CD, à fl. 52, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Estes demonstrativos foram elaborados de forma clara e objetiva, contendo todos os elementos, dados e informações necessárias para o conhecimento das infrações, tanto assim que o contribuinte se defendeu apontando os argumentos que julgou mais adequados para elidir as infrações, atestando o respeito ao princípio da ampla defesa e contraditório.

O lançamento atende ao que preconiza o Código Tributário Nacional, artigos 142 e 144, assim como observa as exigências do art. 39 do RPAF/99, estando, portanto, apto a surtir os efeitos jurídicos.

Inicialmente registro a dificuldade em analisar o presente processo pela inobservância, tanto do autuante, quanto do órgão preparador, em organizar as peças processuais em ordem cronológica, e ainda pela ausência de algumas peças de fundamental importância para esclarecer os fatos

apurados, como a informação fiscal e a manifestação da autuada, o que inclusive, motivou a conversão do processo em diligencia, cumprida, friso, de forma parcial.

Acerca desta diligência, fl. 122, cabe registrar que foi requerida dentre outras medidas, “*apensar aos autos cópias impressas e gravados em mídia, os arquivos dos novos demonstrativos das infrações 02 e 03, elaborados pelo autuante, a que se refere a intimação, fl. 104.*”, providência desnecessária em relação ao infração 03, tendo em vista que este demonstrativo foi alterado apenas no Auto de Infração nº 207095.017/20-7, conforme explicitado pelo autuante no quinto parágrafo da informação fiscal, fl. 129.

Destaco que a defesa aborda as infrações de modo superficial e apresenta seus argumentos de forma simplória, numa redação confusa e sem objetividade, deixando de anexar aos autos qualquer prova de suas alegações.

De modo semelhante se portou o autuante ao prestar suas informações, que pelo texto dúbio e confuso, pouco esclareceu quanto as razões que sustentaram as imputações, requerendo do julgador administrativo investigar os dados e informações, haja vista que em muitos casos houve clara confusão entre os outros Autos de Infração lavrados contra o mesmo contribuinte decorrente do cumprimento da citada ordem de serviço.

Todavia, destaco o dever do julgador em buscar sempre no contencioso administrativo tributário, a verdade material, em respeito ao que preconiza o RPAF/99 no seu art. 2º.

*Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.* (Grifos nossos)

Ademais registro a vinculação da atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, obrigando a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário, consoante previsto no art. 142, parágrafo único do CTN.

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

Neste sentido, vejo presente nos autos, em que pese não tenha sido objetado pela defesa, a existência de fatos e informações que ensejam uma investigação por parte do julgador no sentido de esclarecer os fatos apurados, buscar estabelecer a verdade material e assim proceder a um julgamento justo nas estritas molduras da legislação.

Assim entende a doutrina muito bem esplanada no artigo publicado no sítio: <https://carsilva.jusbrasil.com.br/artigos>, sob o título PRECLUSÃO E VERDADE MATERIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL de autoria de Carolina Garcia da Silva, bacharelanda em Direito pela UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE, cujo trecho transcrevo.

*“...o julgador não pode e nem deve ficar adstrito somente ao que as partes trouxerem aos autos. Ele tem que ir adiante. Investigar. Analisar irrestritamente informações, dados ou documentos que comprovem a existência, ou não, de infração tributária.*

*Em alguns casos, a Administração fica presa ao formalismo processual exacerbado e o sobrepõe a matéria e à verdade dos fatos. Entretanto, para que o formalismo não se torne um instrumento que restringe a observância da forma e distancia a verdade material, deve a Administração relaxar, moderadamente, para que alcance a função social do processo.*

*Isso não quer dizer que deva ser deixada de lado a forma e os requisitos mínimos indispensáveis do processo administrativo, mas sim que haja a prevalência da justiça sobre a forma.*

*Nas palavras de Antonio Cesar Bueno Ferreira, auditor fiscal da RFB e especialista em Direito Processual Tributário (p. 56-57):*

*‘Isto não significa que a verdade formal não possa conter a verdade material, mas apenas que a liberdade investigativa, os meios próprios de averiguação dos eventos de interesse*

*tributário e as faculdades procedimentais e processuais conferidas à Administração se apresentam como instrumentos mais apropriados para a maior aproximação com a verdade material do que aquelas que são usualmente disponíveis no processo judicial. Pelo princípio da verdade material, mais especificamente aplicável ao processo administrativo fiscal, a autoridade administrativa tem o poder-dever de carrear aos autos e apreciar todas as informações e documentos que se possa ter a respeito da matéria tratada, sem se limitar às provas colacionadas pelas partes. Assim, o poder instrutório do julgador administrativo é definido pelos limites da lide formada nos autos. Essa maior liberdade no processo administrativo decorre do próprio fim visado com o controle administrativo da legalidade, eis que, não havendo interesse subjetivo da Administração na solução do litígio, verifica-se a possibilidade de cancelamento do lançamento ou reforma de decisão administrativa, mesmo com base em evidências trazidas aos autos após a inicial'. (grifos acrescidos)*

*Ante o exposto, o Fisco ao ter uma maior liberdade no processo administrativo, deve buscar sempre a verdade. Seja ao permitir a apresentação póstuma de uma prova, ou então investigar tudo ao seu alcance para que assim haja a tão almejada justiça".* (Grifos do relator.)

Nesse sentido se pautará a presente voto, cujo, resultado decorreu da busca nos registros fiscais armazenados na Secretaria da Fazenda, referente a escrita fiscal, documentos fiscais recebido e emitidos, registros cadastrais, evidências e fatos que se fundamentaram a acusação e os argumentos defensivos.

A infração 01, acusa o contribuinte de ter utilizado crédito fiscal de ICMS de forma indevida, por se tratar de mercadorias isentas, contrariando o que determina o art. 310, inc. I, alínea “a” do RICMS/2012.

*Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:*

*I - para integração ou consumo em processo de industrialização, produção rural, extração ou geração, quando a operação de que decorrer a saída do produto resultante:*

*a) não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto em se tratando de saída para o exterior;*

A defesa argumenta ser indevida a autuação em razão de não ter o autuante observados “...os estornos feitos nas declarações transmitidas no sped fiscal referente ao período fiscalizado”, sem, contudo, ter demonstrado nos autos, tampouco trazido provas da veracidade do fato arguido, pois, apesar de ter anexado as cópias dos recibos de entrega da Escrituração Fiscal Digital – EFD, correspondente ao período fiscalizado, estes se mostraram imprestáveis para tal fim.

A falta de comprovação, foi a única informação prestada pelo autuante para contra argumentar a defesa.

Da análise do demonstrativo analítico, fls. 39 e 40, constata-se que as mercadorias relacionadas são as seguintes:

- a) TABLET SAMSUNG GALAXY – Trata-se de um tipo de computador portátil, de tamanho pequeno, fina espessura e com tela sensível ao toque, *touchscreen*. É um dispositivo prático com uso semelhante a um computador portátil convencional, mais destinado para fins de entretenimento que para uso profissional. Muito usado para navegar na internet, para a leitura de livros, jornais e revistas, para visualização de fotos e vídeos, reprodução de músicas, jogos etc., conforme informações técnicas do fabricante no sítio <https://www.samsung.com/br/>.
- b) ASPEN CANECA CRISTAL NADIR – É uma caneca fabricada em vidro, material livre de substâncias como PVC, chumbo e phthalato, que garante a segurança e saúde e facilita a lavagem. É elaborada com capacidade para até 300 ml, ideal para servir bebidas como café, chás e leite. A caneca aspen é fabricada pela NADIR uma empresa que está há quase

100 anos no mercado e é conhecida mundialmente. Ela se preocupa com o meio-ambiente e com a responsabilidade social.

- c) TABERNA CANECA CERVEJA NADIR – Conforme informações do fabricante, “*A Caneca Cerveja taberna NADIR é robusta, resistente, com alça fixada e apoio para o polegar. Em vidro com capacidade para 340 ml, tamanho perfeito e ideal para o consumo sem deixar o chopp esquentar. Usufrua do máximo de sabor do seu chopp e cerveja*”.

Estas são informações disponíveis no sítio do fabricante: <https://nadirfigueiredo.com.br/>.

- d) TV 50P PHILIPS LED SMART 4K USB HDMI. Trata-se de um aparelho de televisão.

- e) TABLET MULTILASER 3G 9P 8GP PRETO. Item já descrito acima.

Efetivamente não se trata de aquisições de mercadorias contempladas pela isenção do ICMS. Todas são mercadorias normalmente tributadas, adquiridas pela autuada com os CFOP's: 2.102 – COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO e 1.917 – ENTRADA DE MERCADORIA RECEBIDA EM CONSIGNAÇÃO MERCANTIL OU INDUSTRIAL, fato que afasta a possibilidade de utilização indevida de crédito fiscal por se tratar de operação contemplada com a isenção do ICMS.

Não se descarta a possibilidade de uso indevido de crédito fiscal, haja vista que parte das mercadorias arroladas, não obstante constarem as operações o CFOP referente a compras para comercialização, não parece plausível, mas possível, um atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, adquirir aparelhos de televisão e equipamentos de informática para comercializar. Contudo para caracterizar a infração deve necessariamente ser aplicado outro roteiro de fiscalização.

Ademais, em se tratando de empresa que atua no comércio de medicamentos e drogas de uso humano, há de ser observado o que determina o art. 294 do RICMS/2012.

Resta evidente a incerteza na caracterização da infração, pela inexistência de elementos suficientes para se determiná-la, com segurança, impondo decretar de ofício sua nulidade com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99.

A infração 02, consiste na exigência do imposto decorrente do recolhimento a menos, por erro na determinação da base de cálculo do ICMS nas saídas de mercadorias escrituradas.

A apuração foi circunscrita ao período de janeiro de 2017 a dezembro de 2018, período que o contribuinte encontrava-se em parte habilitado a usufruir dos benefícios do Decreto nº 7.799/2000, conforme Termo de Acordo que entrou em vigor 01/02/2018, com validade até 31/12/2018 – Parecer nº 231489/2017-3.

A defesa argumenta que o autuante ignorou a vigência do Termo de Acordo e considerou indevido o crédito apropriado antes da vigência do citado termo, fato reconhecido pelo Auditor Fiscal na sua informação, fl. 129, inclusive admitindo ter atualizado o período de vigência em sede de revisão, quando da informação fiscal.

Constam apensos aos autos duas informações fiscais prestadas pelo autuante na mesma data, 22/05/2020.

Na informação da fl. 117 o autuante declara que “*Realmente o autuado tem razão quantos aos itens e redução da base de cálculo. Reenviarei novo demonstrativo de Débito a menor – Erro na determinação da base de cálculo, o qual reduziu o valor reclamado para R\$62.771,92*”, (mantida a grafia original), cujo teor não se conforma com a outra, apensada aos autos à fl. 131, onde o autuante informa que: “*...a autuada detinha termo de acordo de atacadista (Dec. 7799/00) exarado pelo parecer 2970/2018, com vigência a partir de 01/02 a 12/2018. O demonstrativo de cobrança foi elaborado da data do cadastramento do pedido de acordo, porém, atualizei-o para o período de vigência. Reconsiderando tal fato, o valor a reclamar acresceu para R\$67.348,83, portanto, maior que o auto, sendo assim, solicito a NULIDADE dessa infração a fim de ser cobrada a posteriori*”.

Portanto, constato tratar de informações que revelam a insegurança na determinação da infração, fato que impende acatar a sugestão do próprio autuante e decretar a nulidade da infração, não pelo motivo por ele exposto, mas, por traduzir claramente a inexistência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Assim, voto pela nulidade da infração 02 com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99.

Quanto a infração 03, a cobrança do imposto se deveu, segundo acusa o autuante, pela constatação da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial de mercadorias relacionadas no demonstrativo analítico, fl. 49 a 51, por descumprimento do art. 12-A da Lei nº 7.014/96, que assim dispõe.

*Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. (Grifo do relator.)*

A defesa alega, após expor os dados em uma tabela contendo apenas três itens, que “está sendo autuado sob o equivocado argumento de falta de pagamento, que foram pagas em sua maioria, totais por substituição ou mesmo, no mês subsequente”, sem, contudo, juntar quaisquer comprovantes dos recolhimentos relacionados.

O autuante, numa exposição do óbvio, explica o que vem a ser antecipação parcial e antecipação total ou substituição tributária, nada mais acrescentando que pudesse esclarecer os fatos.

Observo que as mercadorias listadas no demonstrativo, são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, pois trata-se de medicamentos, inclusas no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2017 e 2018 no item 9.0 MEDICAMENTOS, PRODUTOS FARMACÊUTICOS PARA USO HUMANO E HIGIENE PESSOAL.

Portanto, neste caso, cabe o recolhimento do ICMS antecipação tributária, com encerramento da fase de tributação conforme prevê o art. 8º, § 4º, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

*Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados: (...)*

*§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:*

*I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembarque aduaneiro, tratando-se de:*

*a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;*

Ademais, ressalto que conforme previsto no art. 12-A, § 1º, inc. III da citada lei, a antecipação parcial não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, que se aplica ao presente caso. Contudo, apesar de arguido pela defesa que efetuou o recolhimento do ICMS como antecipação tributária, não trouxe aos autos quaisquer provas desses pagamentos.

Portanto, constato tratar de informações que revelam a insegurança na determinação da infração, por traduzir claramente a inexistência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Assim, voto pela nulidade da infração 03 com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99.

Recomendo a autoridade competente a repetição dos atos referentes as infrações 01 a 03, a salvo de falhas, com base no art. 21 do citado regulamento.

As infrações 04 e 05 impõem a autuada a multa percentual por descumprimento de obrigação acessória, qual seja a obrigatoriedade de escriturar as notas fiscais de aquisição de mercadorias referente as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento; das aquisições de mercadorias ou bens que não transitarem pelo estabelecimento; e, dos serviços de

transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação tomados pelo contribuinte, consoante art. 217, incisos I a III do RICMS/2012.

A defesa aponta a infração como um “*leido engano*” por ter sido inobservado pelo autuante os registros nos arquivos do SPED-fiscal.

Destaco que a única escrita fiscal válida é a prevista no art. 247 do citado RICMS/2012.

*Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).*

Após analisar os demonstrativos das citadas infrações, cotejando com os registros constantes na Escrituração Fiscal Digital – EFD, transmitida pelo contribuinte, examinado pelo autuante na execução dos roteiros de auditoria, verifico que efetivamente as notas fiscais relacionadas não encontram-se lançadas na escrita fiscal, fato que conduz a considerar as infrações 04 e 05 como procedentes.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo a seguir exposto.

Infração	Valor Lançado	Valor Julgado	Resultado
01	01.02.03	5.073,79	0,00 Nula
02	03.02.05	57.251,23	0,00 Nula
03	07.15.02	69.453,09	0,00 Nula
04	16.01.01	3.505,62	3.505,62 Procedente
05	16.01.06	5.320,34	5.320,34 Procedente
<b>Total</b>		<b>140.604,07</b>	<b>8.825,96</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207095.0004/20-2, lavrado contra **COMERCIAL DE MEDICAMENTOS RECÔNCAVO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$8.825,96**, prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inc. I, alínea “a” do RPAF-BA/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR