

A.I. Nº - 110019.0007/21-6
AUTUADO - IMIFARMA PRODUTOS FARMACÊUTICOS E COSMÉTICOS S.A.
AUTUANTE - DEMÓSTHENES SOARES DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/11/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Mesmo tendo o contribuinte recolhido o imposto na saída das mercadorias, configura-se prática inovadora, e sem previsão legal e regulamentar. **b)** NÃO APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação. Infrações subsistentes. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Constitui infração à lei tributária o não recolhimento do ICMS escriturado no livro fiscal próprio. Infração subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo do estabelecimento. Afastada a preliminar de nulidade. Autuada não elidiu as infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 19/02/2021, o presente Auto de Infração exige ICMS no valor histórico de R\$41.216,39, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, apurado nos períodos de janeiro a maio de 2020, no valor de R\$18.960,58, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, tendo o autuante informado que a infração é “*Referente às entradas em transferências – medicamentos, perfumarias, cosméticos, produtos de higiene pessoal, alimentos nutricionais, guloseimas, etc., CFOP 2152 – da filial estabelecida no Estado do Ceará, com imposto exigido por Antecipação Tributária na forma do artigo 294, do Decreto nº 13.780/12, conforme demonstrativo Imifarma 0464_Anexo_S/CIndevido, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.*”.

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

INFRAÇÃO 02 – 01.02.05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, apurado no período de fevereiro de 2020, no valor de R\$3.069,31, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, tendo o autuante informado que a infração é *“Referente às entradas em transferências - medicamentos, perfumarias, cosméticos, produtos de higiene pessoal, alimentos nutricionais, guloseimas, etc., CFOP 2409 - da filial estabelecida no Estado do Ceará, com imposto exigido por Antecipação Tributária na forma do artigo 294, do Decreto nº 13.780/12, conforme demonstrativo Imifarma_0464_Anexo_S/CIndevido, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”*.

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

INFRAÇÃO 03 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, apurado no período de janeiro a maio de 2020, no valor de R\$1.596,43, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, tendo o autuante informado que a infração é *“Referente às entradas em transferências de filiais estabelecidas no Estado da Bahia – CFOP 1152, Drogarias elou Farmácias, com imposto recolhido na forma do artigo 294, do Decreto nº 13.780/12, conforme demonstrativo Imifarma_0464_Anexo_S/CIndevido, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.”*.

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

INFRAÇÃO 04 – 01.02.42 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório ao direito do referido crédito, apurado no período de janeiro a maio de 2020, no valor de R\$1.596,43, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, tendo o autuante informado que a infração é *“Referente às entradas registradas na EFD-Escrituração Fiscal Digital através de Notas Fiscais de emissão própria (entrada) - CFOP 1949, sem comprovação do recolhimento do ICMS destacado e creditado, através de DAE ou registro a débito na EFD, conforme demonstrativo Imifarma_0464_Anexo_S/GanhoEstoque, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.”*.

Enquadramento legal: art. 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 05 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, apurado no período de janeiro a maio de 2020, no valor de R\$10.679,12, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, tendo o autuante informado que a infração é *“Referente às entradas registradas na EFD-Escrituração Fiscal Digital através de Notas Fiscais de emissão própria (entrada) - CFOP 1949, sem recolhimento do ICMS devido na qualidade de responsável por solidariedade - artigo 60 do Decreto nº 13.780/12, a título de ‘ganho de estoque’, conforme demonstrativo Imifarma_0464_Anexo_S/GanhoEstoque, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.”*.

Enquadramento legal: art. 2º inc. II e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 06 – 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, apurado no período de janeiro a março e maio de 2020, no valor de R\$468,91, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, tendo o autuante informado que a infração é *“Referente às entradas de toner, agua sanitária, álcool líquido, bandeja, bobina térmica, bota unissex, calça feminina e masculina, caixa arquivo morto, calculadora de bolso, camiseta, caneta esferográfica, cesto, copos descartáveis, desinfetante floral, desodorizador de ambiente, detergente lava-louças, espanador, esponja dupla face, fita adesiva, flanela, jaleco, grampeador, limpa vidros, luva látex multiuso, luva vinil médica, pano descartável, papel toalha, pedra sanitária, camisa polo, sabão em pó,*

sabonete líquido, saco lixo, vassoura, conforme demonstrativo Imifarma_0464_Anexo_S/DIFAL, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.”.

Enquadramento legal: art. 4º inc. XV e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 07 – 07.06.07 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente a aquisição de mercadorias, apurado no período de janeiro a maio de 2020, no valor de R\$4.897,84, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, tendo o autuante informado que *“Com entradas registradas na EFD-Escrituração Fiscal Digital através de Notas Fiscais de emissão própria (entrada), sem recolhimento do ICMS devido na forma prevista no artigo 294, do Decreto nº 13.780/12, a título de ‘ganho de estoque’, conforme demonstrativo Imifarma_0464 Anexo_S/GanhoEstoque, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.”.*

Enquadramento legal: art. 8º, § 9º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 294 do RICMS/2012.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 26 e 26-v a 33, onde após afirmar ser tempestiva sua defesa, explica que é pessoa jurídica de direito privado regularmente constituída e tem por objeto social o comércio atacadista e varejista de medicamentos, produtos farmacêuticos e hospitalares, cosméticos e demais produtos de higiene pessoal, toucador e perfumaria e alimentos. Em razão da natureza da sua atividade, realiza diariamente milhares de operações de circulação de mercadorias, estando sujeita ao recolhimento do ICMS tanto na modalidade própria como na modalidade da substituição tributária.

Afirma que apesar de honrar com todas as suas obrigações tributárias, foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração lhe imputando infrações cujo teor transcreve.

Pondera que apesar da presunção de validade e veracidade materializada no Auto de Infração, a exigência fiscal é manifestamente indevida, em razão dos fundamentos que passa a expor.

Inicialmente ao abordar as infrações 01, 02 e 03, diz que não há o que se falar em cobrança de ICMS, pois, embora tenha tomado crédito sobre a aquisição de mercadorias que já haviam sido tributadas pela sistemática da substituição tributária, destacou novamente esse imposto na ocasião da saída das mercadorias, eliminando-se assim qualquer prejuízo ao erário.

Para demonstrar a alegação traz a título exemplificativo o item MÁSCARA DESC. TRIPLA ELÁSTICO CREMER 50UN– CÓDIGO 6276569, que por se enquadrar na categoria de cosmético, sujeita-se ao recolhimento do ICMS-ST na ocasião da entrada, conforme previsão contida no art. 289, § 17, inc. V, do RICMS/BA

Complementa que embora o ICMS-ST relativo a este produto tenha sido integralmente recolhido na ocasião da entrada em território baiano, ao realizar a sua venda, destacou o ICMS correspondente à saída, conforme documentos plotados.

Justifica, portanto, trata-se de mero equívoco operacional que não causou qualquer dano ao erário baiano já que o crédito indevidamente tomado na entrada foi compensado pelo imposto recolhido no momento da saída das mercadorias.

Aduz que admitir a cobrança de ICMS para as operações arroladas nestas infrações, configuraria verdadeiro enriquecimento sem causa do Estado, uma vez que o imposto indevidamente creditado na entrada foi compensado por força do imposto recolhido na saída, eliminando-se assim qualquer necessidade de recolhimento adicional de ICMS.

Transcreve ementas de julgados no Tribunal de Justiça de São Paulo e conclui que este é entendimento amplamente corroborado pela legislação e pela jurisprudência firmada em relação à matéria.

Diz ter juntado aos autos o SPED do período, contendo a relação de todos os itens arrolados no levantamento fiscal, livro de Registro de Apuração do ICMS e respectivo comprovante de recolhimento do ICMS do período, indicando o destaque e recolhimento de ICMS para os produtos

que já haviam sido tributados pela substituição tributária e que houve a indevida tomada de crédito.

Ao se referir as infrações 04, 05, 06 e 07, alegando cerceamento de defesa e insegurança do trabalho fiscal, explana que ao analisar a autuação e a planilha magnética que a acompanha, verificou que as infrações tratam de situações distintas, e, apesar disso, todas essas operações foram aglutinadas numa mesma planilha denominada “Imifarma_0464_Anexo_S/GanhoEstoque”.

Acrescenta que pelo fato de todas as operações terem sido lançadas numa única aba da planilha, acabou por cercear o seu direito de defesa, uma vez que não conseguiu identificar a qual infração e a que operação se referiam os dados.

Após reproduzir parte da planilha, afirma que contendo os dados das quatro infrações distintas e sem vínculo de identificação a qual se refere, além de implicar em cerceamento do seu direito de defesa, inviabiliza a sua apresentação, em razão da impossibilidade de identificação precisa da acusação fiscal.

Destaca ainda que a ausência de disponibilização destas informações evidencia a falta de substratos fáticos que deem suporte à acusação, resultando na insegurança do lançamento e a necessidade do seu cancelamento, ressaltando que o art. 142, do CTN, transcrito, veda a lavratura de Auto de Infração sem prova documental da transgressão à legislação tributária, e sem que se apurem todos os elementos da regra-matriz de incidência do tributo.

Reproduz trecho de doutrina de Paulo Barros de Carvalho sobre a matéria e ressalta que além da previsão na legislação ordinária, o art. 18 do Decreto nº 7.629/99 reputa como nulos os atos administrativos que prejudiquem os direitos fundamentais do contribuinte, destacando-se o cerceamento ao direito de defesa.

Transcreve ementas dos Acórdãos JJF nº 0172-05/08 e JJF nº 0333-04/10 que diz rechaçar autuações desprovidas de provas e que impliquem em preterição do direito de defesa dos contribuintes.

Conclui ser de rigor o cancelamento do lançamento por prejudicar o seu direito de defesa e caracterizar nulidade do próprio trabalho fiscal em razão da ausência de substratos fáticos e probatórios aptos a lhe dar embasamento.

Requer que seja julgada totalmente procedente a presente impugnação, declarando-se a insubsistência do trabalho fiscal e desconstituindo-se o lançamento tributário efetuado, com o consequente cancelamento do débito fiscal.

Por fim declara serem autênticas todas as cópias e documentos acostados aos autos e, em caso de contestação de sua autenticidade, requer que seja-lhe deferida a oportunidade para apresentação dos originais para confronto e ainda, que todas as intimações relativas ao feito, sejam realizadas via Diário Oficial e expedidas exclusivamente em nome dos seus patronos, ficando ressalvada a possibilidade de intimação pessoal dos demais advogados substabelecidos, sob pena de nulidade.

Junta aos autos a relação dos itens listados sob o CFOP 2.152; por amostragem, indicando a saída tributada do produto, cópias do livro de apuração do ICMS e comprovantes de pagamentos às fls. 50-v a 116.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 119 a 121, onde relata que a auditoria resultou de verificação sumária e compreendeu o período de janeiro a maio de 2020, referentes as entradas de mercadorias destinadas a comercialização.

Inicialmente afirma que a defesa das infrações 01, 02 e 03 não apresentou nenhum debate sobre a matéria, tendo confessado o cometimento das infrações.

Quanto as infrações 04, 05, 06 e 07, constata que a autuada alegou somente cerceamento ao seu direito à ampla defesa alegando que numa mesma planilha continha os dados das quatro infrações.

Relata que na infração 04, ocorreu a glosa de créditos fiscais registrados na EFD através de emissão de notas fiscais sem comprovação do recolhimento do ICMS destacado e creditado,

através de DAE ou registro do correspondente débito na EFD, ou seja, a autuada apareceu com um crédito fiscal sem origem, criado por ela própria, com emissão de nota fiscal de entrada por ela emitida.

Explica que o demonstrativo, fl. 10, resume mensalmente os valores apurados na linha “CRÉDITO FISCAL INDEVIDO”, assim como relaciona as notas fiscais individualmente na planilha específica, no arquivo *Imifarma_Anexo_S/GanhoEstoque*, que se encontra gravado na mídia, fl. 19, entregue a autuada.

Na infração 05, exige-se o ICMS antecipação tributária nas operações relacionadas na infração 04, assevera que os demonstrativos encontram-se, resumido por mês, fl. 10, e individualizadas por notas fiscais no supracitado arquivo, fl. 19, cujo recorte se encontra impresso às fls. 13 e 14.

Quanto a infração 06, que exige o ICMS diferença de alíquotas, garante que encontra-se também individualizado mensalmente à fl. 10, no demonstrativo analítico às fls. 15 a 18, também constante na mídia de fl. 19, no arquivo *Imifarma_Anexo_S/DIFAL*.

Por fim, na infração 07, que exige o ICMS antecipação tributária nas aquisições por farmácias, drogarias ou casa de produto natural, mercadorias substituídas para este ramo de atividade. Da mesma forma, diz que o demonstrativo resumido por mês encontra-se à fl. 10 e o analítico gravado na mídia de fl. 10, no arquivo *Imifarma_Anexo_S/GanhoEstoque*.

Conclui que a Autuada não elidiu as infrações 04, 05, 06 e 07, seja apresentando os comprovantes de recolhimentos, registro na EFD (Diferença de Alíquota) ou do estorno dos Créditos Fiscais indevidos.

Ressalta que os demonstrativos são simples, de amplo conhecimento dos contribuintes do estado da Bahia e até impressiona a alegação da autuada do cerceamento ao direito de defesa, que diz se constituir em um mero argumento para encobrir o fato de transgressão à legislação tributária.

Conclui que a autuada confessou expressa o cometimento das infrações 01, 02 e 03 e não apresentou qualquer prova contrária que pudesse elidir as infrações 04, 05, 06 e 07, portanto, requer a procedência do Auto de Infração.

Presente na sessão a representante da empresa Dra. Patrícia Almeida Trevelin OAB/SP 338474 que em sustentação oral, relembra as infrações.

Quanto as razões referentes as infrações 01 a 03, reafirma que a empresa por erro operacional, se creditou do imposto, contudo, nas saídas dessas mercadorias se debitou do imposto, eliminando qualquer prejuízo ao estado da Bahia.

Reafirma, para as demais infrações, a dificuldade em analisá-las pelos fatos relatados na defesa, fato que implicou em claro cerceamento da defesa.

Por fim pugna pela improcedência do lançamento, reiterando no mais todos os argumentos constantes na peça impugnatória.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de ter cometido sete infrações à legislação tributária, todas tempestivamente impugnadas.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrita no Cadastro Estadual na condição NORMAL com a atividade econômica principal CNAE 4771/7-01 – COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS, SEM MANIPULAÇÃO DE FÓRMULAS e outras secundárias todas relacionadas como o comércio varejista de alimentos, material de informática dentre outras.

O início da ação fiscal foi comunicado ao contribuinte através de mensagem, fl. 09, postada em 12/01/2021, via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, que não tendo sido acessada, a ciência foi considerada ocorrida tacitamente consoante art. 127-D, parágrafo único, inc. III do COTEB, ou seja, o dia útil seguinte ao término do prazo de cinco dias contados da data de envio.

Constam apensados aos autos, os demonstrativos analíticos das infrações 01 a 03, fl. 10, e às fls. 11 a 18, impressos parte dos demonstrativos: UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL DE ICMS NAS ENTRADAS DE MERCADORIAS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA FARMÁCIAS ARTIGO 264, DECRETO Nº 13.780/12, fls. 11 e 12; FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL E ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA NAS ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, fl. 13 e 14; RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS NAS ENTRADAS DE MATERIAIS DESTINADOS A USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO, fls. 15 a 18, estando estes integralmente gravados em arquivos eletrônicos formato Excel, no CD, fl. 19, cujas cópias foram entregues ao contribuinte quando tomou ciência da lavratura do Auto de Infração, ao acessar a mensagem postada via DT-e, fl. 07.

Inicialmente, necessário se faz apreciar a arguição de nulidade das infrações 04 a 07, suscitada pela defesa sob o argumento de cerceamento do seu direito de defesa, em razão de apesar de tratarem de situações distintas, foram aglutinadas numa mesma planilha, e, portanto, não conseguiu identificar a qual item infracional que determinada operação pertence, sem vínculo de identificação a qual item que determinada operação se refere.

Este fato, diz ter lhe impedido de apresentar a defesa, em razão da impossibilidade de identificação precisa da acusação fiscal o que evidencia a falta de substratos fáticos que deem suporte à acusação fiscal.

Ao analisar detidamente a planilha gravada no CD, não vislumbro razão aos argumentos da defesa. O fato dos dados estarem expostos em uma única planilha, de forma alguma inviabiliza ou dificulta a identificação dos valores calculados e os dados que deram origem aos valores exigidos nas infrações 04 a 07.

Senão vejamos.

Na aba denominada ANEXOS1, encontram-se três tabelas que correspondem ao demonstrativo sintético de cada infração, facilmente identificadas.

A primeira tabela, sob o título UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL DE ICMS NAS ENTRADAS DE MERCADORIAS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA FARMÁCIAS, corresponde as infrações 01 – operações com CFOP 2.152 (alíquotas de 12% e 4%); infração 02 – operações com CFOP 2.409; e, infração 03 – operações com CFOP 1.152, cujos demonstrativos analíticos estão na aba sob o título *Cindevido*, conforme consta no relato de cada infração.

As outras duas tabelas referem-se aos demonstrativos sintéticos das infrações 04, 05, 06 e 07.

Na segunda tabela, sob os títulos FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL E ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA NAS ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM RECOLHIMENTO DO IMPOSTO estão relacionadas as infrações 04 na linha com o título *Crédito Fiscal Indevido*; 05 na linha *ICMS Normal*; e, a 07 na linha *ICMS Antecipação Tributária*, sendo que o demonstrativo analítico encontra-se na aba *GanhoEstoque*.

Para a infração 06, o demonstrativo sintético encontra-se na terceira tabela sob o título RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTA NAS ENTRADAS DE MATERIAIS DESTINADOS A USO E/OU CONSUMO, cujo demonstrativo analítico encontra-se na aba DIFAL, conforme relatado na descrição da infração na peça inicial.

Constato, desnecessário ter conhecimentos avançados da ferramenta Excel, vez que é de amplo conhecimento e utilização, para identificar objetivamente todos os elementos necessários para elaboração da defesa e a construção dos argumentos que pudessem elidir as infrações.

Ou seja, os demonstrativos gravados em arquivo eletrônico na mídia CD, fl. 10, apresentam todos os dados necessários e suficientes para o satisfatório entendimento das infrações, pois contam expostos os seguintes elementos: número da NF-e; data de emissão; unidade federada de origem e CNPJ do emitente; CFOP da operação; descrição e NCM de cada mercadoria; situação tributária, unidade de medida e quantidade de cada item e os valores da operação, da base de cálculo do ICMS, do valor do produto, alíquota e o ICMS destacado.

Adicionalmente não vislumbro dificuldades para acessar e entender as infrações, assim não acolho a arguição de nulidade, que fica rejeitada.

A defesa ainda traz como suporte à sua pretensão de nulidade que a ausência de disponibilização destas informações evidencia a falta de elementos fáticos que legitimem a acusação, resultando na insegurança do lançamento, uma vez que o art. 142, do CTN, veda a lavratura de Auto de Infração sem prova documental da transgressão à legislação tributária.

Nesse sentido, lembro que na auditoria e nos exames realizados pela autoridade fiscal foram utilizados os dados da Escrituração Fiscal Digital – EFD, elaborada e transmitida à Receita Federal do Brasil pelo contribuinte e dos registros de notas fiscais eletrônicas recebidas e emitidas pela autuada, constante no repositório nacional da nota fiscal eletrônica, registros e dados que examinados pelo fisco não sofrem qualquer tipo de alteração, portanto, constituem-se sem sombra de dúvidas em prova documental das transgressões apuradas neste Auto de Infração.

Ademais, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza da infração, a autuada e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos, tendo sido observado o direito do contribuinte à ampla defesa e contraditório.

Para estas infrações a defesa não aborda o mérito, limitando-se a arguir a nulidade já tratada linha acima e justificadamente rejeitada.

Dessa forma, lembro o que preconiza o art. 123, § 5º e incisos do RPAF/99:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação. (...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Considerando que não foram trazidos aos autos, quaisquer provas que pudessem elidir as infrações, aplico o que dispõe os artigos 142 e 143 do mesmo RPAF/99:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Destarte, considero subsistentes as infrações 04, 05, 06 e 07.

Quanto ao mérito das infrações 01, 02 e 03, registro que será abordado conjuntamente, por tratar as três, acusações da mesma matéria, qual seja, a de uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, tendo o autuante assim separado didaticamente em função das operações, de acordo com os códigos fiscais de operações e de prestações – CFOP.

A defesa alega ser a cobrança indevida, pois, embora tenha se apropriado do crédito sobre a aquisição de mercadorias que já haviam sido tributadas pela sistemática da substituição tributária, nas saídas destas mercadorias destacou novamente o imposto de forma que entende inexistir qualquer prejuízo ao estado, sem, contudo, demonstrar, através de provas, a inexistência de tal prejuízo.

Nesse sentido lembro que os contribuintes sobre determinadas matérias, não podem ignorar a legislação vigente e adotar procedimentos que interferem diretamente no cálculo e pagamento de tributos e seguir ao seu juízo, regras que entende lhe ser mais conveniente, mesmo que, ao seu entendimento, não cause prejuízo ao sujeito ativo.

No caso, ressalto que a Lei nº 7.014/96, estabelece no seu art. 9º: “Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei”.

As mercadorias relacionadas nos demonstrativos que suportam as infrações 01 a 03, mesmo que sujeitas ao regime de substituição tributária, no caso de aquisições interestaduais, as farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, caso da autuada, deverão fazer o recolhimento do ICMS por antecipação por força do que prevê o art. 294 do RICMS/2012, *verbis*:

Art. 294. As farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, bem como suas centrais de distribuição, farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária, devendo, em relação a essas mercadorias, utilizar as seguintes margens de valor agregado nas aquisições internas, devendo ser ajustada nos termos do § 14 do art. 289 nos casos de aquisições interestaduais:

I - de 100% (cem por cento), tratando-se de aquisições de insumos para manipulação de produtos no estabelecimento;

II - estipulada no § 17 do art. 289, nas aquisições para revenda.

Assim, nestas operações, o contribuinte deve observar o disposto no art. 29, § 4º, inc. III da Lei nº 7.014/96:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior. (...)

§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita: (...)

III - para prestação de serviço, quando a prestação subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.

A autuada admitiu que utilizou o crédito fiscal destacado nas notas fiscais de aquisição de mercadorias procedentes de outras Unidades da Federação, e tributou normalmente na saída destas mercadorias, contrariando todas as normas legais e regulamentares pertinentes à matéria.

Na verdade, o contribuinte ao proceder dessa forma inovou e criou ao seu próprio talante uma sistemática particular, repito, não prevista na legislação.

Alegar que não houve prejuízo ao erário, sem apresentar provas de que efetivamente assim ocorreu, não exclui a necessidade de recolhimento do imposto devido, decorrente da indevida apropriação do crédito fiscal do ICMS.

Lembro que valores acaso recolhidos indevidamente, como alegado na defesa, devem ser objeto de pedido de restituição do indébito a ser formulado em processo administrativo apartado deste, na forma do art. 74 do RPAF/99.

Destarte, considero as infrações 01, 02 e 03 subsistentes.

Quanto aos acórdãos do CONSEF trazidos pela defesa como paradigma à sua pretensão em anular parte das infrações, adirto que estes julgamentos trataram de matéria diversa da aqui apreciada.

O Acórdão JF nº 0172-05/08 trata de nulidade do lançamento pela falta do termo de início de fiscalização e o segundo, o JF nº 0333-04/10, da nulidade decorrente da constatação de que a coleta das notas fiscais anexadas ao processo foi feita junto aos próprios emitentes, situados em outros estados, e não foi acostado ao processo qualquer prova de que as mercadorias nelas consignadas tenham circulado no território baiano ou outras provas complementares, portanto, não servem de socorro a defesa.

Em relação as decisões judiciais de outros Estados da Federação, trazidos pela defesa, não servem de parâmetro para julgamentos de matérias relativas ao ICMS da Bahia, motivo pelo qual não podem ser acolhidas como supedâneo aos argumentos da autuada.

Quanto ao pedido para que as intimações relativas ao feito, sejam realizadas via Diário Oficial e expedidas exclusivamente em nome dos seus patronos, ressalvando a possibilidade de intimação pessoal dos demais advogados substabelecidos, lembro que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, conforme art. 108 do RPAF/99. Ressalto que assim procedendo, não poderá o sujeito passivo alegar nulidade do Auto de Infração.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110019.0007/21-6**, lavrado contra **IMIFARMA PRODUTOS FARMACÊUTICOS E COSMÉTICOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.216,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a”, inc. II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR