

A. I. N° - 206951.0005/20-7
AUTUADO - MA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ DO SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/12/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0194-03/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDAS. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. Contribuinte apresenta documentos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração descaracterizada. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/09/2020, exige crédito tributário no valor de R\$30.657,41, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 05.05.01 - omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no mês de setembro de 2017, no valor de R\$313,38, acrescido da multa de 100%;

Infração 02. 07.01.02 - efetuou recolhimento a menos, do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo a mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, nos meses de fevereiro, julho, setembro e dezembro de 2017, no valor de R\$30.244,03, acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fls.180/185. Diz que vem, tempestivamente, ofertar a sua impugnação ao aludido auto de infração, nos termos a seguir delineados.

Afirma que a infração número 01, no valor de R\$313,38, aponta omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Assevera que se trata de utilização indevida dos seus dados, realizada por terceiros, em descumprimento ao disposto no artigo 34, incisos IV e V da Lei n° 7.014/1996, que transcreve.

Explica que a situação ocorreu em 04 (quatro) notas fiscais, relacionadas a seguir e anexas à impugnação, onde o fornecedor SD Distribuidora de Cosméticos Ltda., CNPJ: 04.786.751/0001-36, IE: 139.705.861, município de Feira de Santana, Bahia, realizou operações com o destinatário Farmácia Lemos Sampaio Eireli, CNPJ: Desconhecido, IE: Desconhecida, município de Muritiba, Bahia, que utilizaram indevidamente o CNPJ e a Inscrição Estadual da M A Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., e cujas mercadorias transacionadas, inclusive, são alheias ao objeto social da autuada. Elabora planilha demonstrando este argumento.

Conforme o exposto, entende que fica claro que o contribuinte não tem qualquer responsabilidade sobre a infração apontada, cabendo ao fisco reverter as eventuais penalidades aos envolvidos que, de fato, realizaram as citadas operações.

Já a infração número 02, no valor de R\$30.244,03, trata de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Aduz que a autuante realizou os cálculos da infração com base no artigo 23 da Lei nº 7.014/1996 combinada com o artigo 289 do Decreto 13.780/2012, no entanto, deixou de observar que o contribuinte é beneficiário de Regime Especial de Tributação, concedido mediante celebração do Termo de Acordo estabelecido pelo Decreto 11.872/2009, conforme pode ser verificado no parecer final nº 1.063/2010 expedido em 21/01/2010, cuja cópia segue em anexo.

Informa que o citado regime especial estabelece cálculo diferenciado para o ICMS devido por antecipação nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário que especifica, onde no § 2º, do artigo 1º, é prevista a aplicação do percentual de 16% sobre o valor da aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, sendo que, o valor a ser recolhido não deverá ser inferior a 3% do preço máximo de venda a consumidor (PMC).

Diz que devido ao fato de a infração ter sido apurada com a utilização de uma metodologia de cálculo existente, mas extremamente distante da autorizada para o contribuinte, se torna ineficiente reproduzir e comparar os cálculos para cada um dos itens apontados no auto de infração, no entanto, como forma de esclarecer a apuração e o recolhimento do ICMS realizada pelo contribuinte para o período fiscalizado, segue demonstrativo contendo os documentos fiscais de aquisição interestadual, bem como o valor do ICMS devido por antecipação, para cada um deles e informações relativas às guias de pagamento efetivamente recolhidas. Elabora planilha demonstrando a metodologia de seus cálculos.

Ainda com relação à infração número 02, afirma que dois produtos foram incorretamente equiparados a medicamentos e, conseqüentemente, também tiveram o imposto devido apurado de forma equivocada por parte do fisco, portanto, elabora planilha com a apuração e recolhimento do ICMS incidente nas citadas operações realizadas. Cita os produtos e serviços: canetas, frete das canetas e fitas adesivas para embalagens, notas fiscais 19155, 164824 e 4782515.

Aponta que no SPED Fiscal, EFD ICMS/IPI referente à competência 02/2017, foi efetuado o lançamento no valor de R\$482,88, equivalente ao ICMS Diferencial de Alíquota devido sobre a aquisição das canetas para brinde que, inclusive, foi calculado a maior, devido a um desconto concedido sobre o valor do frete da operação e que não foi observado para o cálculo.

Quanto às fitas adesivas para embalagem, neste caso tratadas como insumos por comporem os volumes entregues aos destinatários das mercadorias, foi calculado e recolhido em 25/01/2018 o ICMS Antecipação Parcial no valor de R\$114,92, apesar de sua inaplicabilidade estabelecida nos termos do Artigo 12-A, § 1º, inciso III, do RICMS/BA.

Por tudo que foi apresentado e comprovado, o contribuinte solicita o cancelamento integral do auto de infração em epígrafe.

A Autuante presta informação fiscal fls.207/209. Reproduz a acusação fiscal e resumidamente, os argumentos defensivos. Comenta que vem informar conforme segue.

Aduz que a autuada apresenta, tempestivamente, impugnação ao lançamento de ofício, requerendo a nulidade, sob alegação, no que diz respeito a Infração 01, que não teria adquirido as mercadorias elencadas no demonstrativo, anexo I, folhas 06 a 09. Alega ainda, que foi vítima do uso fraudulento de sua inscrição estadual.

Nesse caso, entende caber a defendente provar suas alegações, inclusive processando a empresa que cometeu tal delito.

Quanto a segunda infração, a autuada alega que os cálculos não foram feitos de acordo com o dec. 11.872/2009, do qual a empresa é beneficiária. Frisa que tal arguição não procede.

Sobre a infração 01, apurada através de Auditoria de Débito, a defesa alega, que não adquiriu a mercadoria constantes das NFs. 219 e 220 e apresenta as referidas notas.

Aduz que, o que causa estranheza, é a autuada ter acesso a esses documentos e os mesmos estarem no arquivo de Entradas da empresa. Lembra, que a inscrição estadual e o CNPJ contidos nas referidas notas fiscais, apresentadas pela defesa (fls.186 a 187 do PAF), para o destinatário Farmácia Lemos Sampaio, não foram localizados no sistema (INC) da SEFAZ. Se por ventura, realmente não adquiriu tais mercadorias, lhe cabe provar suas alegações. Inclusive, tomando as providências judiciais cabíveis contra os responsáveis por tal delito.

Sobre a infração 02, informa que a defesa alega que o cálculo do imposto foi feito com base no art. 23 da Lei 7.014/96 e que a autuante deixou de observar que é detentora do benefício do Dec.11.872/2009 e que recolhe o imposto com base em 16% do valor das Entradas.

Assevera que tal afirmação não corresponde à realidade, como pode ser observado no demonstrativo de fls. 21 a 65 do PAF. Os referidos cálculos foram feitos exatamente, como está previsto no artigo 1º, parágrafo 2º, do referido decreto.

Assim sendo, não há o que questionar nesse sentido, já que o valor do tributo não pode ser inferior ao percentual previsto no retro mencionado decreto. Quanto ao artigo 23, da Lei 7.014/96, a que a defesa se refere, esclarece que se trata do enquadramento da infração.

Ressalta que nos meses onde houve diferença de ICMS reclamado, o contribuinte não recolheu, nem 16% do valor das aquisições. A exemplo de mês 07/2017, onde o valor de 16% das Entradas, resulta num montante de R\$39.727,42, fl. 60 do PAF, enquanto o valor do débito apurado pela auditoria com base no PMC e MVA, soma-se R\$29.832,00, e o valor recolhido pelo contribuinte foi R\$12.442,22.

Dessa forma, sustenta e mantém todos os termos da autuação, já que a defesa não conseguiu provas convincentes, que possa elidir qualquer das infrações.

Diante do exposto e das provas que compõe o presente PAF, requer seja o AI julgado procedente, por ser da mais lúdima Justiça Fiscal.

VOTO

Preliminarmente, analisando os elementos que compõem o presente PAF, observo que não foram arguidas nulidades, visto que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, demonstrativos e cópias das notas fiscais fls. 07 a 20 referente a infração 01 e fls. 22 a 65, a infração 02. Foi dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, a infração 01 trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no mês de setembro de 2017, no valor de R\$313,38.

O defendente afirmou, que se trata de utilização indevida dos seus dados, realizada por terceiros. Apresentou cópia dos documentos fiscais e elaborou planilha demonstrando a transação realizada entre os emitentes e destinatários das notas fiscais. Afirmou inclusive, que as mercadorias transacionadas são alheias ao objeto social da empresa.

Examinando os documentos que servem de base a esta infração, verifico que as notas fiscais 219, 220, 225 e 227, cópias fls. 186 a 189, foram emitidas pela SD Distribuidora de Cosméticos, CNPJ: 04.786.751/0001-36, IE: 139.705.861, estabelecida em Feira de Santana, cujo destinatário é a Farmácia Lemos Sampaio Eireli, estabelecida em Muritiba/BA, que utilizou o CNPJ e a Inscrição Estadual

da autuada, M A Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda. Os produtos comercializados foram cosméticos, perfumaria e produtos para bebê. As duas últimas notas relacionam produtos de bonificação (display de Papelão).

Sendo assim, a análise desses elementos nos conduz a conclusão de que, a considerar a inconsistência dos dados das notas fiscais, entendo que tais documentos são insuficientes para caracterizar a presunção de omissão de saídas.

Recomendo a autoridade competente a renovação de ação fiscal direcionada ao fornecedor da mercadoria, com a finalidade de confirmar qual foi o contribuinte que realizou o pagamento das respectivas faturas, a quem deve ser atribuído a responsabilidade pelo recolhimento do imposto. Concluo pela insubsistência da infração 01.

A infração 02 se refere a recolhimento a menos, do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo a mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação.

Sobre a alegação defensiva, de que o levantamento fiscal relaciona mercadorias estranhas a natureza da infração ora discutida, visto que se referem a aquisições de materiais para uso e consumo, em que foi paga a diferença de alíquotas, citando as notas fiscais 19155, 164824 de 02/2017 e 4782515 de 11/2017, verifico que estes documentos não constam do levantamento fiscal.

O defendente possui Termo de Acordo e para o cálculo do ICMS substituição Tributária está autorizado a usufruir dos benefícios previstos no decreto nº 11.872/2009. Para cálculo do imposto, o autuado se submete a regra disposta no artigo 1º, parágrafo 2º do citado decreto, que dispõe:

Art. 1º. (. . .)

§ 2º. Em substituição a aplicação da redução da base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 16% (dezesseis por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, sendo que, o valor a ser recolhido não deverá ser inferior a 3%(três por cento) do preço máximo de vendas ao consumidor.

O defendente afirmou, que a autuante se equivocou nos cálculos da infração, pois deixou de observar que é beneficiário de Regime Especial de Tributação, concedido mediante celebração do Termo de Acordo estabelecido pelo Decreto 11.872/2009, conforme pode ser verificado no parecer final nº 1.063/2010, cuja cópia anexou.

Elaborou planilha para demonstrar como realiza tais cálculos e apensou informações relativas às guias de pagamento recolhidas. Disse que devido ao fato de a infração ter sido apurada com a utilização de uma metodologia de cálculo diferente daquela autorizada para o contribuinte, é que resultaram nas diferenças de ICMS ora exigidas no lançamento fiscal.

Em sede de informação fiscal, a Autuante explicou que os cálculos para apuração do *quantum* devido foram feitos exatamente como está previsto no artigo 1º, parágrafo 2º, do decreto nº 11.872/2009. Disse que o valor do tributo a ser recolhido, não pode ser inferior ao percentual de 3%, previsto no retro mencionado decreto. Esclareceu que a citação do artigo 23, da Lei 7.014/96, a que a defesa se referiu, trata-se do enquadramento legal da infração.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, especialmente comparando o levantamento fiscal e a planilha elaborada pela defesa, verifico que os cálculos elaborados pela Autuante estão em consonância com o previsto no artigo 1º, parágrafo 2º do decreto nº 11.872/2009, portanto em conformidade com a legislação de regência.

Verifico que, para apurar o *quantum* devido, o Autuado aplicou uniformemente, sobre cada nota fiscal, a alíquota de 16% sobre o total.

No levantamento fiscal, a Autuante realizou o cálculo, item por item, de cada nota fiscal, associou ao valor do PMC e aplicou a alíquota de 3% para calcular o ICMS. Conforme registrou a Autuante, nos meses onde houve exigência da diferença de ICMS, o Autuado não recolheu, nem 16% do valor das aquisições. Citou como exemplo o mês 07/2017, onde o valor de 16% das Entradas, resulta num montante de R\$39.727,42, fl. 60 do PAF, enquanto o valor do débito apurado pela fiscalização, com base no PMC e MVA, soma-se R\$29.832,00, e o valor recolhido pelo contribuinte foi R\$12.442,22.

Nessa linha de intelecção, acolho as conclusões da Autuante, por entender que estão em conformidade com a legislação que rege a matéria e a infração 02 é integralmente subsistente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 206951.0005/20-7**, lavrado contra **MA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.244,03**, acrescido da multa de 60% prevista inciso II, alínea “d”, do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR