

PROCESSO - N. F. Nº 260200.0009/19-0
NOTIFICADO - NATULAB LABORATÓRIO S.A.
EMITENTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIAS
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/01/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0218/02-21NF-VD

EMENTA: ICMS NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. As informações prestadas pelo Auditor Fiscal evidenciam incerteza na determinação dos fatos por insuficiência de elementos capazes de determinar, com segurança, a infração e o infrator. O resultado do julgamento de outro lançamento não pode determinar o julgamento do presente Notificação. A possibilidade das duas infrações exigir o mesmo crédito tributário não restou afastada pelo Auditor Fiscal. Incerteza da determinação, com segurança, a infração e o infrator, ensejando a decretação da nulidade do lançamento com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal – Fiscalização de Estabelecimento, foi lavrada em 28/06/2019, e exige o ICMS no valor de R\$10.938,74, acrescido da multa de 150%, pelo cometimento da infração – **07.02.01** – Deixou de recolher o ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente aos períodos de janeiro, março, julho, agosto de 2016, fevereiro e abril a agosto de 2017.

O Auditor Fiscal informa que “*O contribuinte reteve o ICMS ST nos documentos fiscais de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (medicamentos), mas, recolheu a menor o imposto. Vide demonstrativo ANEXO_03*”.

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS/2012.

Multa tipificada no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

A notificada apresenta impugnação às fls. 15 a 21, patrocinada por seu advogado, onde inicialmente frisa que a defesa é tempestiva, conforme art. 132, inc. II do COTEB.

Após descrever os fatos de forma sumária e reproduzir a infração, argui nulidade do lançamento, informando que a exigência contida no presente lançamento, está contida também no Auto de Infração nº 269200.0010/19-8, lavrado em 28/06/2019, pelo mesmo Auditor Fiscal.

Plota cópia da infração 01 – 07.02.02 do citado Auto de Infração, referente a retenção e recolhimento a menor do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, que importou em R\$5.239.784,31.

Assegura que após a análise das razões da defesa e documentos, se comprovará ser totalmente indevida a exigência, porque o Auditor Fiscal cometeu uma sucessão de lapsos.

Repisa que o valor da exigência referente a diferenças do ICMS-ST, recolhido a menor, está contido no Auto de Infração nº 269200.0010/19-8, lavrado pelo mesmo Auditor Fiscal.

Pontua que na planilha do ANEXO IV, os mesmos números das notas fiscais do ANEXO III do

presente lançamento, sendo o montante do ICMS-ST calculado e destacado nas notas fiscais.

Diz juntar cópia das planilhas referentes aos dois lançamentos, gravadas no CD, para a confrontação, demonstrando ser indevida a presente cobrança, tendo em vista que o mesmo valor está sendo exigido no outro lançamento, sendo que sua manutenção ensejaria *bis in idem*, inadmissível no nosso ordenamento jurídico.

Ao abordar o mérito, diz não assistir razão ao fiscal, pois todas as supostas diferenças são referentes a devoluções de notas fiscais que não circularam ou foram recusadas pelos clientes, com a emissão da nota fiscal de entrada, ou ainda, nota fiscal de ressarcimento do ICMS-ST, conforme documentos que diz anexar.

Requer a realização de diligência nos termos do art. 145 do RPAF a ser realizada pelo próprio Auditor Fiscal e caso não seja obtido resultado favorável a notificada, que seja realizada por preposto estranho ao feito para que este efetue a auditoria dos valores indicados na presente notificação e sejam afastadas as imputações e penalidades.

Por fim, requer que se acate a preliminar de mérito, julgando nulo o presente lançamento, em razão da duplicidade já mencionada, ou que seja julgada improcedente, uma vez que foram incluídas no levantamento as devoluções e notas fiscais de ressarcimento do ICMS-ST.

Pugna em provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas para serem produzidos durante a instrução, indicados, desde já, a juntada posterior de documentos, inclusive em contraprova, assim como a realização de diligência e sustentação oral perante as Juntas do CONSEF, e oitiva de testemunhas.

Por derradeiro, requer que todas as intimações sejam realizadas em nome do seu patrono, pessoalmente, via Correios e/ou via *e-mail*, inclusive para as sessões de julgamento que desde já manifesta seu interesse em se fazer presente, sob pena de nulidade.

O Auditor Fiscal, presta a informação às fls. 132 a 137, onde esclarece que no período fiscalizado, 01/01/2016 a 31/12/2017, foi lançada a Notificação Fiscal pelo cometimento da infração 07.02.01, ora impugnada.

Após transcrever os argumentos da defesa, afasta a preliminar de nulidade por suposta cobrança em duplicidade, porque apesar das notas fiscais constantes na presente notificação, também constarem no referido Auto de Infração, os fundamentos das autuações, são diversos, e, portanto, uma vez insubsistente o primeiro, o presente lançamento deverá ser analisado separadamente.

Reconhece que uma vez julgado procedente o Auto de Infração nº 269200.0010/19-8, a presente Notificação Fiscal restará prejudicada.

Ao analisar as notas fiscais, apresentadas pela defesa, faz as observações a seguir resumidas.

Item	Nota Fiscal	Referência	Informação
1	087.311	Ressarcimento pela devolução dos produtos da NF 062.274	Não consta no demonstrativo
2	101.369	Ressarcimento pela devolução dos produtos da NF 080.620	Não consta no demonstrativo
3	101.370	Ressarcimento pela devolução dos produtos da NF 097.947	Valor de R\$645,15 - abril de 2017
4	945.340 946.233	Complemento de nota fiscal.	Não menciona nenhuma NF de venda anterior com devolução de produtos.
5	000.084	Ressarcimento pela devolução dos produtos da NF 071.435	Não consta no demonstrativo
6	000.213	Ressarcimento pela devolução dos produtos da NF 092.493.	Valor de R\$246,57 - fevereiro de 2017
7	026.706	Complemento de nota fiscal.	Não menciona nenhuma NF de venda anterior com devolução de produtos.
8	008.688	Ressarcimento pela devolução dos produtos da NF 067.100	Não consta no demonstrativo
9	127.846	Ressarcimento pela devolução dos produtos da NF 067.315	Não consta no demonstrativo
10	024.304	Devolução dos produtos da NF 082.347	Não consta no demonstrativo
11	033.202	Devolução dos produtos da NF 094.812	Não consta no demonstrativo
12	033.203	Ressarcimento pela devolução dos produtos da NF 094.315	Não consta no demonstrativo
13	034.058	Devolução dos produtos da NF 094.746	Valor R\$401,97 - abril de 2017
14	036.553	Devolução dos produtos da NF 098.554	Valor R\$37,23 - abril de 2017
15	063.328	Ressarcimento do ICMS	Não menciona nenhuma NF de venda anterior com devolução de produtos.
16	087.310	Ressarcimento pela devolução dos produtos da NF 061.103	Não consta no demonstrativo

Conclui que restaram apenas comprovadas as devoluções de vendas arroladas no demonstrativo, as notas fiscais de números 000.231, 101.370, 036.553, 034.058 e 033.202, razão pela qual o lançamento deve ser alterado nos seguintes valores: período de fevereiro de 2017: R\$4.616,74 e

abril de 2017: R\$1.116,44, permanecendo inalterados os demais valores.

Recomenda que o julgamento da presente Notificação seja realizado simultaneamente com o Auto de Infração nº 269200.0010/19-8, de forma que caso este seja julgado procedente a Notificação Fiscal, ora discutida, restará prejudicada, mas, sendo o Auto de Infração improcedente, deve-se julgar esta Notificação.

Conclui que os argumentos da defesa se mostraram incapazes de elidir por completo a infração, devendo a Notificação Fiscal ser julgada parcialmente procedente.

Em 02/09/2020, fls. 142 e 143, o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem para que o Auditor Fiscal confirmasse ou não, se existe a duplicidade na cobrança do ICMS na presente Notificação e no Auto de Infração nº 269200.0010/19-8. Caso positivo, apontasse quais os períodos em que ocorreram tais duplicidades, assim como indicasse em quais documentos arrolados, a cobrança incide duplamente e se necessário, elaborasse novo demonstrativo de débito.

O órgão preparador do processo, apenas procedeu a intimação do contribuinte dos termos da diligência, através do DT-e, mensagem postada em 13/11/2020, fls. 146 a 148, motivo pelo qual a notificada se manifestou à fl. 159, onde reiterou seu pedido de nulidade do lançamento em razão do reconhecimento pelo fiscal do conflito de prejudicialidade com o Auto de Infração 2692000010/19-8, com o posterior arquivamento do processo.

Constatada que a diligência não foi cumprida, posto que o Auditor Fiscal não foi cientificado da diligência, os autos retornaram a INFAZ de origem para cumprimento da diligência determinada pelos membros do órgão julgador, fl. 164.

O Auditor Fiscal no cumprimento da diligência, informou, fls. 170 e 171, que não existe duplicidade deste lançamento como o já citado Auto de Infração nº 269200.0010/19-8, mas, sim “relação de prejudicialidade”, conforme já apontado na informação prestada.

Recomenda aos julgadores a leitura mais acurada das informações, a fim de evitar procrastinação do feito desnecessariamente.

É o relatório.

VOTO

Versa a presente Notificação Fiscal sobre uma infração, tempestivamente impugnada, imputada ao sujeito passivo, inscrito no CAD-ICMS na condição NORMAL, que apura o imposto na sistemática de CONTA CORRENTE FISCAL e exerce a atividade econômica principal de fabricação de medicamentos alopáticos para uso humano.

Constam no processo, cópia da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, encaminhada via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, pela mensagem 115938, postada em 11/04/2019, cientificando o contribuinte do início da ação fiscal em 15/04/2019, fls. 04 a 06, e mídia eletrônica – CD, contendo gravado os demonstrativos analíticos e sintéticos, fl. 09, o que permitiu a notificada conhecer todos os elementos necessários para exercer a ampla defesa e o contraditório.

No mérito, a acusação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS-ST retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas a contribuintes localizados neste Estado.

Preliminarmente a defesa argui nulidade do lançamento por entender que a infração, ora discutida, está incluída no Auto de Infração nº 269200.0010/19-8, na infração 01, código 07.02.02, lavrado na mesma data, pelo mesmo Auditor Fiscal, referente ao mesmo período, configurando-se duplicidade de cobrança do imposto.

Em sede de informação fiscal, o Auditor Fiscal rechaça a arguição de nulidade, informando que *“...apesar das notas fiscais constantes do presente levantamento fiscal também constarem do demonstrativo de débito do mencionado Auto de Infração, os fundamentos da autuação são*

diversos, de modo que, uma vez insubsistente o primeiro, o presente lançamento deverá ser analisado separadamente” E mais: “...deve-se reconhecer que, uma vez julgado procedente o Auto de Infração nº 269200.0010/19-8, a presente autuação restará prejudicada”.

Após examinar os argumentos da defesa quanto ao mérito, o Auditor Fiscal reforça a informação, quando recomenda que *“...conforme exposto nesta Informação Fiscal, (...) o julgamento simultâneo dos dois autos de infração, o de nº 269200.0010/19-8 e 269200.0009/19-0, para que, em sendo procedente o primeiro, reste prejudicado o segundo, mas, em sendo o primeiro improcedente, então deve-se passar ao julgamento do presente”.*

As infrações, a constante na Notificação Fiscal, ora discutida e aquela no Auto de Infração nº 269200.0010/19-8, tidas como a mesma pela defesa, argumento afastado pelo Auditor Fiscal, observo que a exigência da presente Notificação foi identificada com o código **07.02.01** – Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Já no Auto de Infração supracitado, a infração 01 foi identificada com o código **07.02.02.** – Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária infringindo os artigos 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, e 289 do RICMS/12, *caput*.

Ou seja, a Notificação exige o imposto não retido e não recolhido nas vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária e o Auto de Infração, o imposto recolhido a menor pelo contribuinte na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

No corpo da Notificação Fiscal, o Auditor Fiscal complementa as informações referente a infração, da seguinte forma: *“O contribuinte reteve o ICMS ST nos documentos fiscais de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (medicamentos), mas recolheu a menor o imposto”*, que coincide com a infração contida no Auto de Infração nº 269200.0010/19-8.

Por outro lado, o Auditor Fiscal põe em dúvida o cabimento da presente Notificação Fiscal, quando condiciona o resultado do julgamento dessa ao julgamento do Auto de Infração, chegando textualmente a declarar que uma vez julgado procedente o Auto de Infração, a Notificação Fiscal restará prejudicada, sem, contudo, explicar a dita *“relação de prejudicialidade”* que diz existir entre os dois lançamentos.

O resultado da diligência em nada contribuiu para esclarecer a dúvida levantada pelo próprio Auditor Fiscal e mesmo procedendo a uma leitura acurada dos autos, a dúvida permanece.

Tal relação de prejudicialidade somente poderia decorrer do fato de haver inclusão das mesmas notas em ambos os lançamentos, assim, a cobrança do ICMS-ST não retido nas vendas, através desta Notificação sim, seria indevida, por exigência já contida no Auto de Infração.

Todavia, este fato não ficou claro, tanto pelas arguições da defesa, não terem sido claramente rechaçadas, quanto nas informações prestadas pelo fiscal.

Registro que o Auto de Infração nº 269200.0010/19-8 foi julgado por esta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em 08/09/2021, cuja ementa do Acórdão JJF nº 0168-02/21-VD, transcrevo.

ACÓRDÃO JJF Nº 0168-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA. RECOLHIMENTO A MENOS. O contribuinte reteve e recolheu a menos o ICMS a título de Substituição Tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes. Ajustes realizados durante a instrução do feito reduziram os valores lançados. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Mantida a multa sugerida. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Portanto, segundo entendimento do Auditor Fiscal o julgamento da Notificação restaria prejudicado.

O argumento central da notificada para requerer a nulidade deste lançamento que tem como suporte a seguinte premissa: “*A presente infração está integralmente contida na infração de nº 01 – 07.02.02 do auto de infração nº 269200.0010/19-8 lavrado no dia 28/06/2019 pelo mesmo auditor fiscal autuante, onde se discute não só a mesma rubrica, como também o mesmo período vindicado na presente exação*”, repito, não restou afastada pelo fiscal em suas duas intervenções nos autos, cujas afirmações reforçou ainda mais as dúvidas quanto a sobreposição de fatos geradores arrolados nos dois lançamentos, quando condicionou o resultado do julgamento de um ao outro.

Esta dúvida e incerteza, contamina o lançamento de vício insanável na medida que este lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, o que enseja a decretação da nulidade do lançamento com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99.

Por tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº **260200.0009/19-0**, lavrada contra **NATULAB LABORATÓRIO S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR