

A. I. N° - 298945.0012/21-2
AUTUADO - MD MATERIAL HOSPITALAR EIRELI
AUTUANTE - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO e JOSERITA MARIA SOUZA BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - DAT METRO / INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/03/2022

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0043-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Elementos de prova autuados, inclusive demonstrativos suporte com base na EFD regularmente transmitida com valor jurídico, atestam o acerto a acusação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/03/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$410.486,80, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

INFRAÇÃO 1 – (001.002.005). Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor de R\$410.486,80 Período: janeiro a dezembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 9º e 29, § 4º, II, da Lei 7.014/96, c/c art. 290 do RICMS-BA. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da citada lei.

Consta que o contribuinte usou indevidamente de crédito de ICMS em 2018 por ter escrito rado créditos referentes a operações com mercadorias sujeitas à antecipação tributária total. Os valores foram apurados em planilhas denominadas “Crédito indevido – Mercadorias ST – Resumo do débito”, “Crédito indevido – Mercadorias ST – Lista NF-itens” e “Crédito indevido – Mercadorias ST – Resumo por item”, cujas primeira e última folha constam do Anexo I.

Tudo conforme os arquivos da EFD transmitida pelo contribuinte, documentos fiscais eletrônicos emitidos pelo contribuinte e a ele destinados, todos, do mesmo modo que as planilhas citadas, gravados no CD constante do Anexo II.

O autuado, via procurador habilitado apresentou defesa (fls. 28 a 31). Inicialmente entende importante dizer que:

- a) Por falta de escrituração, valores foram indevidamente creditados e apurados pelo autuante em arquivos EFD com inconsistências;
- b) Tais inconsistências motivaram intimação para correção em 13/01/2021, através do DT-e, quando constatada a falta de inclusão do Bloco “H” – Inventário, nos arquivos dos meses de fevereiro dos exercícios 2018 e 2019, com prazo de 30 dias;
- c) Em contato com a fiscalização, esclarecendo a dificuldade de apresentação no prazo estabelecido, esse prazo foi informalmente dilatado;
- d) Estava autorizada, mesmo que informalmente a correção dos arquivos que continham além da falta de informações no Bloco “H”, outras inconsistências, dentre elas o lançamento irregular de documentos fiscais, com consequentes registros indevidos de créditos fiscais;
- e) Em 03/03/2021 a empresa enviou novos arquivos relativos a 2018 (para os quais não anexa comprovantes por ser informação disponível no sistema da SEFAZ), que foram acatados

na ação fiscal, que sequer emitiu nova intimação ou aplicou penalidade pelo descumprimento do prazo estabelecido;

- f) No procedimento fiscal se utilizou os arquivos irregulares apresentados anteriormente à correção, o que resultou no lançamento ora contestado.

Prestadas as informações acima, passa a apresentar suas razões defensivas

Primeiramente entende que o lançamento carece de certeza, pois calcado em documentos digitais com irregularidades, corrigidas com aceite do preposto fiscal que conduziu a fiscalização e lavrou o AI contestado, razão pela qual, com fulcro no art. 18, IV, “a”, do RPAF, apela para a nulidade do lançamento tributário.

Segundo diz passar a apresentar sinteticamente seus argumentos, razão pela qual entende dispensável comentar sobre as normas contidas no dispositivo legal citado.

Contudo, se ultrapassada a nulidade suscitada diz que o lançamento precisa ser revisto, uma vez que no levantamento foram incluídas mercadorias normalmente tributadas nas saídas, que tiveram o crédito regularmente escriturado, pois não podem ser considerados “medicamentos”, conforme assim identifica:

- a) Água oxigenada é produto livremente comercializado, destinado à higienização ou até para descolorir pelos;
- b) Indagel é álcool gel, fartamente utilizado na higienização para prevenir vírus e realizar outros tipos de desinfecção de áreas, inclusive de pele;
- c) Vaseline líquida é um produto utilizado em hospitais para remoção de crostas, limpeza da pele. Age como lubrificante e pode ser usado como base para preparações.

Afirma que tais produtos não podem ser equiparados a medicamentos. Portanto, não estão incluídos no regime de substituição tributária, sendo suas saídas subsequentes tributadas normalmente o que confere o direito ao crédito fiscal quando da aquisição.

Conclui confiando na nulidade do lançamento ou, no mínimo, na sua retificação pra exclusão dos produtos elencados, mas não sujeitos à glosa de crédito fiscal.

Na informação fiscal, fls. 46/51, reproduzindo o art. 289, o Autuante esquematiza suas respostas às alegações defensivas reproduzindo as partes que entende importar.

No que diz respeito aos iniciais esclarecimentos ditos pelo Impugnante acerca da alegada EFD apresentada com inconsistências, diz que a empresa autuada admite ter cometido a infração e quanto à falta de inclusão do Bloco “H - Inventário”, esclarece que intimou a empresa, exclusivamente, para apresentar os inventários ausentes da EFD, de modo que desconhece o que seja a “informal autorização” para correção de arquivos EFD, sobretudo se tal “autorização” tem por fim regularizar lançamento irregular de documentos fiscais, uma vez que o contribuinte estava sob ação fiscal.

No que se refere aos arquivos enviados em 03/03/2021 que a defesa alega serem relativos a 2018 são, na verdade, relativos ao exercício 2019, conforme se vê no RELATÓRIO DE CONSULTA DE ARQUIVOS EFD que anexa às fls. 52-53, inclusive demonstrando que os arquivos EFD de 2018 foram todos recepcionados no período 23/02/2018 a 08/01/2019, e não em 03/03/2021, como alega o Impugnante, de modo que nos arquivos enviados nesta última data, não consta elementos relativos às alegações defensivas.

Aduz que conforme o citado RELATÓRIO, apenas os arquivos referentes aos meses 04, 05, 07 e 08/2018, recepcionados, respectivamente, em 07/06, 13/08, 30/10 e 31/10/2018, têm finalidade retificadora, de modo que não procede a alegação defensiva de a fiscalização ter utilizado arquivos irregulares apresentados anteriormente à correção. Assim, diz, concluída a análise dos iniciais esclarecimentos apresentados na peça defensiva, informa nada ter neles encontrado, fatos com condão para alterar o AI.

Fala que a expressão do pedido de revisão do lançamento para exclusão de mercadorias que o

Impugnante entende com direito ao crédito fiscal, caso seja superada a nulidade levantada, sinaliza a fragilidade das razões defensivas anteriores.

Quanto às mercadorias que o Impugnante alega ter direito a crédito fiscal, conforme extrato do demonstrativo suporte do AI com dados extraídos da EFD feita pelo contribuinte autuado, informa que todas (Água Oxigenada, Indagel e Vaselina Líquida), possuem a NCM 3004.90.99. Informa que na tabela da NCM e TARIFA COMUM (TEC) atualizada até a Resolução do Comitê Executivo de Gestão – Gecex nº 32, de 30/12/2019, todos os produtos iniciados por “30” são classificados como “Produtos farmacêuticos”, e que os produtos iniciados com a NCM 3004 apresentam a seguinte descrição:

3004 – Medicamentos (exceto os produtos das posições 30.02, 30.05 ou 30.06) constituídos por produtos misturados ou não misturados, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, apresentados em doses (incluindo os destinados a serem administrados por via percutânea) ou acondicionadas para venda a retalho.

Ou seja, os produtos em discussão são, sim, medicamentos, estando suas operações sujeitas à antecipação do ICMS na forma determinada pelo art. 8º da Lei 7014/96, de modo a discordar da alegação defensiva, aduzindo que para tais mercadorias os registros efetuados na EFD pelo contribuinte autuado informam:

Água Oxigenada

Todas NF-es de entradas registram a NCM 3004.90.99 e as operações de saídas totalizam R\$ 6.075,96, sendo R\$ 5.926,46 com CFOP 5405; R\$ 149,50 com CFOP 5102 e o % de 2,46 como de venda tributada normalmente.

Ou seja, quase a totalidade das saídas ocorreram sem tributação e a saída com tributação normal foi identificada com o código de barras 7896902211537 que não consta das NF-es de aquisição. Ademais, ressalta, o contribuinte autuado classificou todas as saídas com a mesma NCM das entradas (3004.90.99).

Indogel – Gel Hig. da Pele 500ml/425g/Comercial/Pump

Vê-se na EFD que tanto o fornecedor como o contribuinte autuado, utilizou a NCM 3004.90.99, tratando a mercadoria com tributação antecipada (ver NF-es de fls. 57/58) e que o contribuinte autuado utilizou o CFOP 5405, não destacando ICMS nas NF-es de saídas (fls. 59-62).

Vaselina Líquida Hospitalar Septmax 1L

Todas NF-es de entradas registram a NCM 3004.90.99 e as operações de saídas totalizam R\$ 6.698,85, sendo R\$ 6.640,11 com CFOP 5405; R\$ 58,74 com CFOP 5102 e o % de 0,88 como de venda tributada normalmente.

Ou seja, ainda que o contribuinte autuado venda VASELINA com outras descrições (vide fls. 65-67), quase a totalidade das saídas ocorreram sem tributação e a saída com tributação normal, representou apenas 0,88%. Ademais, as operações tributadas normalmente, com CFOP 5102, descrevem o produto como “VASELINA SOLIDA 90G RIOQUIMICA” e não como Vaselina Líquida Hospitalar Septmax 1L.

Concluindo, mantém a autuação por não ter encontrado fato ou fundamento capaz de elidir o lançamento efetuado.

VOTO

O lançamento de ofício processado exige o valor de R\$410.486,80, acusando uso indevido de crédito fiscal na aquisição de mercadorias sujeitas à antecipação tributária com encerramento da fase de tributação (Infração 001.002.005).

Examinando os autos constato que o PAF está consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados nos autos.

Assim, considerando que: a) conforme recibo e documentos de fls. 22, 23, bem como do que se depreende da manifestação defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 13-17 e CD de fl. 19); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Em preliminar, o Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração alegando que o procedimento fiscal foi calcado em documentos digitais com irregularidades, posteriormente corrigidas com aceite da Autoridade Fiscal autuante. Nesse sentido alegou que:

- a) Por falta de escrituração, valores foram indevidamente creditados e apurados pelo autuante em arquivos EFD com inconsistências;
- b) Tais inconsistências motivaram intimação para correção em 13/01/2021, através do DT-e, quando constatada a falta de inclusão do Bloco “H” – Inventário, nos arquivos dos meses de fevereiro dos exercícios 2018 e 2019, com prazo de 30 dias;
- c) Em contato com a fiscalização, esclarecendo a dificuldade de apresentação no prazo estabelecido, esse prazo foi informalmente dilatado;
- d) Estava autorizada, mesmo que informalmente a correção dos arquivos que continham além da falta de informações no Bloco “H”, outras inconsistências, dentre elas o lançamento irregular de documentos fiscais, com consequentes registros indevidos de créditos fiscais;
- e) Em 03/03/2021 a empresa enviou novos arquivos relativos a 2018 (para os quais não anexa comprovantes por ser informação disponível no sistema da SEFAZ), que foram acatados na ação fiscal, que sequer emitiu nova intimação ou aplicou penalidade pelo descumprimento do prazo estabelecido;
- f) No procedimento fiscal se utilizou os arquivos irregulares apresentados anteriormente à correção, o que resultou no lançamento ora contestado.

Compulsando os autos, afasto a nulidade suscitada pelas seguintes razões.

A uma, porque os arquivos EFDs que serviram de base ao procedimento fiscal foram recepcionados pela SEFAZ com valor jurídico e sem inconsistências. Nesse sentido, observando a legislação da espécie não há que confundir o termo “inconsistência” alegado fundamento ao pedido de nulidade, que se refere à “estrutura/leiaute” do arquivo efetuado pelo software denominado Programa de Validação da Escrituração Fiscal Digital – PVA-EFD, disponibilizado na internet nos sítios das administrações tributárias das unidades federadas e da RFB (que não existe no caso), com irregularidades nos registros contidos nos arquivos transmitidos com fito de espelhar a verdade material das operações empresariais com repercussão tributária, as quais, consignadas legalmente, o contribuinte deve fielmente registrar na EFD, única escrituração com valor jurídico para provar sua regularidade tributária (Ajuste SINIEF 02/2009: Cláusulas primeira, segunda e décima).

A duas, porque, contrariando as alegações contidas nas letras “b”, “c” e “d”, e confirmando a Informação Fiscal no que diz respeito ao caso, estão os documentos autuados às fls. 06 e 10, intimando o contribuinte fiscalizado a apresentar, exclusivamente, informações relativas aos inventários ausentes nos arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD transmitidos.

Nesse sentido, repisando que a autorização no interesse da administração tributária se deu exclusivamente para apresentação dos inventários ausentes nas EFDs transmitidas, com meus destaques, a respeito de retificação de EFD, cabe expor a específica disposição contida no Ajuste SINIEF 02/2009:

Cláusula décima segunda *O arquivo digital da EFD deverá ser enviado até o quinto dia do mês subsequente ao encerramento do mês da apuração.*

...

Cláusula décima terceira *O contribuinte poderá retificar a EFD:*

I - até o prazo de que trata a cláusula décima segunda, independentemente de autorização da administração tributária;

II - até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos §§ 6º e 7º;

III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de saneá-la por meio de lançamentos corretivos.

§ 1º A retificação de que trata esta cláusula será efetuada mediante envio de outro arquivo para substituição integral do arquivo digital da EFD regularmente recebido pela administração tributária.

§ 2º A geração e envio do arquivo digital para retificação da EFD deverá observar o disposto nas cláusulas oitava a décima primeira deste ajuste, com indicação da finalidade do arquivo.

§ 3º Não será permitido o envio de arquivo digital complementar.

§ 4º O disposto nos incisos II e III desta cláusula não se aplica quando a apresentação do arquivo de retificação for decorrente de notificação do fisco.

§ 5º A autorização para a retificação da EFD não implicará o reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem a homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte.

§ 6º O disposto no inciso II do caput não caracteriza dilação do prazo de entrega de que trata a cláusula décima segunda.

§ 7º Não produzirá efeitos a retificação de EFD:

I - de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal;

...

III - transmitida em desacordo com as disposições desta cláusula.

§ 8º No interesse da administração tributária e conforme dispuser a legislação da unidade federada, a retificação da EFD nas situações de que tratam os incisos I e II do § 7º poderá produzir efeitos.

A três, porque, conforme RELATÓRIO DE CONSULTA DE ARQUIVOS EFD de fls. 52-53, também contrariando as alegações defensivas contidas nas letras “e” e “f”, os arquivos EFD recepcionados pela SEFAZ em 03/03/2021, referem-se a períodos do exercício 2019 e não do exercício objeto da autuação (2018).

Portanto, sem sentido lógico nem jurídico a nulidade suscitada.

Indo ao mérito do lançamento, de logo ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A Impugnação de mérito consiste em alegar que as mercadorias Água oxigenada, Indagel e Vaselina líquida, tiveram o crédito fiscal utilizado porque são normalmente tributadas nas saídas, pois não podem ser considerados “medicamentos”.

Ocorre que para tais mercadorias, os próprios registros efetuados pelo contribuinte nos arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, regularmente transmitidos e recepcionados pela SEFAZ sem inconsistências, os quais serviram de base para o crédito tributário em apreço, provam em desfavor às alegações defensivas, senão vejamos:

Todos os produtos/mercadorias objeto de contestação de mérito possuem a NCM 3004.90.99 que na tabela da NCM e TARIFA COMUM (TEC) atualizada até a Resolução do Comitê Executivo de Gestão – Gecex nº 32, de 30/12/2019, são classificados como “Produtos farmacêuticos”, nela constando com a seguinte descrição:

3004 – Medicamentos (exceto os produtos das posições 30.02, 30.05 ou 30.06) constituídos por produtos misturados ou não misturados, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, apresentados em doses (incluindo os destinados a serem administrados por via percutânea) oooi acondicionadas para venda a retalho.

Ou seja, a despeito de os produtos em discussão serem considerados medicamentos para efeito tributário, estando, portanto, suas operações comerciais sujeitas à antecipação do ICMS na forma determinada pelo art. 8º da Lei 7014/96, é de se observar o tratamento tributário dado pelo próprio contribuinte autuado a tais mercadorias, segundo os registros que efetuou na EFD:

Água Oxigenada

Todas NF-es de entradas registram a NCM 3004.90.99 e as operações de saídas totalizam R\$ 6.075,96, sendo R\$ 5.926,46 com *CFOP 5405 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído;* R\$ 149,50 com *CFOP 5102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros,* e o % de 2,46 como de venda tributada normalmente.

Ou seja, quase a totalidade das saídas ocorreram sem tributação e a saída com tributação normal foi identificada com o código de barras 7896902211537 que não consta das NF-es de aquisição. Ademais, ressalta-se que o contribuinte autuado classificou todas as saídas com a mesma NCM das entradas (3004.90.99).

Indagel – Gel Hig. da Pele 500ml/425g/Comercial/Pump

Vê-se na EFD que tanto o fornecedor como o contribuinte autuado, utilizou a NCM 3004.90.99, tratando a mercadoria com tributação antecipada (NF-es de fls. 57/58). Para tal mercadoria o contribuinte autuado utilizou o *CFOP 5405 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído* -, não destacando ICMS nas NF-es de saídas (fls. 59-62).

Vaselina Líquida Hospitalar Septmax 1L

Todas NF-es de entradas registram a NCM 3004.90.99 e as operações de saídas totalizam R\$ 6.698,85, sendo R\$ 6.640,11 com *CFOP 5405 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído;* R\$ 58,74 com *CFOP 5102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros,* e o % de 0,88 como de venda tributada normalmente.

Ou seja, ainda que o contribuinte autuado venda VASELINA com outras descrições (vide fls. 65-67), quase a totalidade das saídas ocorreram sem tributação e a saída com tributação normal. (*CFOP 5102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*), descrevem o produto como “VASELINA SOLIDA 90G RIOQUIMICA”, e não como Vaselina Líquida Hospitalar Septmax 1L, objeto da autuação, mercadoria registrada na EFD como sujeita à antecipação tributária total.

Assim, por nada ter a reparar quanto ao procedimento fiscal, tenho a acusação fiscal como subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298945.0012/21-2**, lavrado contra **MD MATERIAL HOSPITALAR EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$410.486,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2022

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR