

A.I. Nº - 206903.0023/21-0
AUTUADO - VENTIN COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA MORAES NUNES
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/10/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0219-04/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Restou comprovado que a empresa atua no ramo de comércio varejista de farmácia e drogarias. Nesta condição recolhe o imposto no momento de sua aquisição, não sendo cabível a tributação no momento da saída. Não acolhido o pedido para realização de diligência. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2021 para exigir ICMS no valor de R\$ 595.940,61, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Às fls. 28 foi anexado Termo de Revelia emitido em 14/04/2022 pela SAT/DAT/METRO- CPAF e o processo encaminhado à SAT/DARC/GECOB-DÍVIDA ATIVA.

Às fls. 30 a 35 foi cadastrado por este CONSEF através do processo SIPRO número 026466/2022-3, com data em 27/04/2022, a defesa apresentada pelo sujeito passivo, com data de emissão em 17 de fevereiro de 2022, onde o advogado legalmente habilitado fala inicialmente sobre a tempestividade da apresentação da mesma, informado que a intimação do Auto de Infração nº 2069030024/21-6 ocorreu no dia 22/12/2021 (Doc. 03), mediante ciência tácita no ambiente do DTE da Impugnante.

Tendo em vista que o prazo para apresentação da defesa é de 60 dias, conforme prevê o art. 123 do RPAF (Decreto nº 7.629/99) e *que os prazos processuais serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento* (art. 22), bem como “*os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou onde deva ser praticado o ato*” (art. 22, §1º), o último dia para apresentação da impugnação se dará em 21/02/2022 (segunda-feira), haja vista que o dia 20/02/2022 é um domingo.

Transcreve o teor da acusação e diz que o entendimento da fiscalização não pode prevalecer, pois um elemento essencial não foi observado, qual seja, o pagamento antecipado do tributo nos termos do art. 294 e 289 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto 13.780/2012), conforme será exposto adiante.

Informa que a impugnante possui sua atividade empresarial voltada para o comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas, bem como de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal, conforme contrato social em anexo (Doc. 01).

Na consecução de seu objeto social, a empresa adquire mercadorias dentro e fora do Estado para poder disponibilizar aos seus clientes/consumidores os mais diversos produtos relacionados ao seu segmento.

Pela especificidade do ramo de drogaria, perfumaria e higiene pessoal e para facilitar a fiscalização, bem como garantir o recolhimento do ICMS devido, a maioria das mercadorias desses segmentos estão inseridos na sistemática da Substituição Tributária. Ou seja, quando a

IMPUGNANTE promover a saída dessas mercadorias não haverá saldo de ICMS a pagar, pois todo o tributo foi recolhido anteriormente.

Em que pese essa seja a sistemática principal das varejistas farmacêuticas, muitas mercadorias não constam no anexo XIV e XIX do Convênio Confaz nº 142/2018, que é o caso das mercadorias que foram objeto da autuação e constam no demonstrativo anexo (Doc. 05) ao Auto de Infração. No entanto, não estar na sistemática de substituição tributária, não significa que tais mercadorias sofreriam incidência do ICMS na saída promovida pela IMPUGNANTE. Isso porque, em se tratando de farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, o Estado da Bahia determina em seu regulamento de ICMS que essas empresas farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária.

Em respeito a legislação do Estado da Bahia, a IMPUGNANTE promove, religiosamente, o pagamento do ICMS antecipado, como é possível verificar no extrato de pagamento de DAE's (Doc. 06). Ou seja, todo o valor de ICMS é pago de forma antecipada, não justificando a autuação.

Por conseguinte, da análise do extrato de pagamentos de DAE's é possível perceber que todos os meses a IMPUGNANTE realiza o pagamento do ICMS devido, não havendo que se falar em pagamento do tributo nas saídas promovidas pela IMPUGNANTE.

Aduz que o princípio da verdade material encontra-se previsto na redação do art. 2º, *in fine*, do Regimento Interno deste CONSEF (Decreto nº 7.529/99), bem como no art. 2º do RPAF (Decreto nº 7.629/99), cujo teor transcreveu.

Afirma que o, processo administrativo fiscal, predomina o Princípio da Verdade Material, no sentido de que, nele, se busca descobrir se realmente ocorreu (ou não) o fato gerador do tributo. Para formar sua convicção, pode o julgador mandar realizar diligências ou perícias, conforme for o caso, a fim de conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo.

Assevera que este Conselho de Fazenda, por meio dos membros que compõem suas Juntas e Câmaras, tem mostrado o (bom) hábito de converter processos em diligência (ou perícia) fiscal, quando não há condições seguras de pronunciamento sobre o feito.

Na busca da verdade material, se tem como regra basilar o aspecto de que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco. A ele cabe provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo. Somente deve haver inversão do ônus da prova, para transferi-lo ao contribuinte, na hipótese de haver disposição expressa da norma legal nesse sentido.

Como visto acima, as varejistas farmacêuticas dificilmente terão valores a recolher de ICMS nas vendas realizadas ao consumidor final, pois em sua quase totalidade as mercadorias por elas comercializadas ou estão sujeitas à Substituição Tributária ou estão sujeitas à antecipação do ICMS.

O art. 289 do RICMS estabelece que as mercadorias constantes no anexo 1 estão sujeitas a sistemática da Substituição Tributária por antecipação, encerrando a tributação, como se observa na redação do citado dispositivo que copiou.

Diz que se observar o Anexo I do RICMS/BA encontra-se referência aos medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano, higiene pessoal e produtos de perfumaria, de higiene pessoal e cosméticos;

9.0	MEDICAMENTOS, PRODUTOS FARMACÊUTICOS PARA USO HUMANO E HIGIENE PESSOAL:					
9-A	PRODUTOS DE PERFUMARIA E DE HIGIENE PESSOAL E COSMÉTICOS					
9-A-1	20.064.00	8212.10.2 8212.20.1	Aparelhos e lâminas de barbear	Prot. ICM 16/85 – Todos - exceto SC	52,20% (Aliq. 4%) 47,44% (Aliq. 7%) 39,51% (Aliq. 12%)	30%

Por sua vez, o art. 294 do RICMS/BA dispõe que as farmácias devem promover o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de produtos NÃO alcançados pela substituição tributária. Para

efeito de apuração da base de cálculo deverão utilizar as margens de valor agregado prevista no § 17 do art. 289 quando se tratar de aquisições para revenda.

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: (grifos nosso)

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.

Observa que o RICMS/BA ampliou significativamente a quantidade de mercadorias comercializada pelas farmácias sujeitas ao ICMS antecipação (ST).

Por força do art. 294 do RICMS/BA, a IMPUGNANTE é obrigada a recolher o ICMS antes mesmo de ter praticado o fato gerador. No entanto, tal situação não fora observada na presente autuação. Todas as operações descritas no demonstrativo: “Falta recolhimento do ICMS - Operação tributada como não tributada (NFC-e’s) - Lista de notas fiscais” são de saídas de mercadorias que NÃO estão na lista de substituição tributária (Anexo I – RICMS/BA), mas que estão no rol de mercadorias sujeitas ao ICMS antecipação, devendo observância ao §17 do art. 289 do RICMS/BA, pois tratam-se de itens de perfumarias, cosméticos, produtos de higiene pessoal e outras mercadorias.

Os NCM’s dos medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano e Higiene pessoal que constam no anexo I do RICMS tem como capítulo e posição os seguintes números: 3002; 3003; 3004; 3005; 3006; 4014; 4015; 9018; numeração que não consta em nenhum dos demonstrativos. Ou seja, todos os itens descritos no demonstrativo estão sujeitos ao ICMS antecipado e que fora pago pela IMPUGNANTE, conforme observado no extrato de pagamento de DAE’s.

Apenas para exemplificar, afirma que a maioria dos NCM’s encontrados nos demonstrativos tem como capítulo o número 33 e 34, conforme indicado:

1803	001	33072010	11246	LEITE DE ROSAS 100ML
1803	001	33072010	11247	LEITE DE ROSAS 170ML
1803	001	33072010	11249	LEITE DE ROSAS 60ML
1803	001	33059000	11296	LOC CAMELIA BRASIL FEM 150ML
1803	001	33049910	11297	LOC CAMELIA BRASIL MASC 150ML
1803	001	34013000	11307	SAB LIQ JeJ 200ML HORA DO SONO

Desta forma, entende que fica evidente que das operações listadas, nenhuma delas geraram ICMS a pagar, justamente, por este ter sido antecipado no momento de sua aquisição. A manutenção dessa infração caracteriza, em verdade, o *bis in idem* tributário. Em outras palavras, o Estado da Bahia está cobrando valores de ICMS em dois momentos para o mesmo fato gerador, motivo pelo qual se deve julgar improcedente o auto de infração.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

1. Seja a o Auto de Infração nº 2069030023/21-0, julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE tendo em vista que o ICMS devido para as mercadorias inseridas no Demonstrativo fora pago de maneira antecipada conforme dispõe o art. 294 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia; bem como, as operações constantes na INFRAÇÃO 02 não são passíveis de incidência de ICMS, conforme fundamentações acima expostas.
2. Seja ainda determinado o arquivamento da presente Notificação Fiscal nº 2069030023/21-0, dando-se baixa e arquivando-se o respectivo Processo Administrativo após todas as

formalidades legais necessárias

3. Requer, por fim, a produção do todos os meios de prova de direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos agentes autuadores, bem como outras que se façam necessárias para o bom deslinde deste Processo Administrativo.
4. Requer o encaminhamento dos autos para a Autuante, para fins de que preste as informações fiscais que entendam ser necessárias, nos termos do art. 126 e 127 do RPAF/BA.
5. Que todas as publicações oriundas deste litígio ocorram EXCLUSIVAMENTE em nome de TIAGO MARTINS BORGES, brasileiro, casado, contador, inscrito no CRC/BA nº 039392-O, com endereço na Av. Tancredo Neves, 2227, Edif. Salvador Prime, Sala 1016, Caminho das Árvores, Salvador - BA, CEP: 41820-021, endereço eletrônico/digital: tiago.martinsborges@gmail.com, sob pena de nulidade;

Dito documento foi encaminhado para SAT DARC GECOB DIVIDA ATIVA em 27/04/2022, conforme despacho emitido pela Coordenação Administrativa deste Conselho fl. 93, que o encaminhou à Infaz Varejo em 03/05/2022, conforme se verifica à fl. 94v.

Às fls. 96 a 97 consta a Informação Fiscal onde a autuante diz que o contribuinte informa que não foi observado um elemento essencial na fiscalização, o pagamento antecipado do tributo nos termos do art. 289 e 294 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto 13.780/2012).

Requer que, tendo em vista a natureza das operações e a especificidade do segmento de farmácias e drogarias quanto a sistemática de recolhimento do imposto, a presente autuação deve ser JULGADA TOTALMENTE IMPROCEDENTE.

Passa a prestar seus esclarecimentos dizendo que preliminarmente informa que todo o trabalho foi baseado na EFD (Escrituração Fiscal Digital) do contribuinte, nas notas fiscais eletrônicas recebidas/emitidas e nas informações constantes dos sistemas da SEFAZ/BA. Ressalta que os livros e documentos válidos são os constantes na escrituração fiscal digital, conforme preceitua o art. 247 do RICMS/BA-2012 c/c Convênio ICMS 143/06.

Em seguida diz que após analisar as alegações da autuada, junto com o que preceitua o art. 289 c/c art. 294, do RICMS/BA acata a solicitação da defendente e finaliza solicitando a improcedência da autuação.

À fl. 100 foi anexado parecer emitido pelo auditor Eduardo do Rego Avena emitido em 24 de julho de 2022 fazendo uma análise cronológica dos fatos, dizendo que o contribuinte apresentou defesa administrativa em 27/04/2022, restando evidenciado que o mesmo extrapolou o prazo legal para a sua apresentação, considerando que o último dia seria 21/02/2022.

Todavia, a INFAZ de origem ao invés de declarar a intempestividade da defesa apresentada, cientificando o contribuinte encaminhou o processo ao autuante para que ele produzisse a informação fiscal.

Em 13/06/2022 o autuante apresentou a Informação Fiscal, na qual reconheceu as alegações defensivas e defendeu a sua Improcedência. No dia 27/06/2022 os autos foram recebidos no CONSEF para exame e parecer conforme despacho à fl. 99.

Fala sobre a preclusão e diz que embora seja um princípio de vital importância para o processo administrativo fiscal, sua aplicação resulta na impossibilidade de apreciação pelo órgão julgador da defesa/recurso interposto pelo contribuinte, razão pela qual deve a autoridade julgadora verificar, caso a caso, a adequada aplicação do aludido princípio no intuito de não macular os princípios da verdade material e da ampla defesa/contraditório.

Neste contexto, considerando que o autuante acolheu os argumentos defensivos opinando pela improcedência do lançamento de ofício, entende que deve este CONSEF afastar o princípio da preclusão, dando-se preponderância ao Princípio da verdade material, no intuito de dar prosseguimento ao presente PAF com o encaminhamento do mesmo para apreciação e julgamento

por uma das JJF deste Conselho.

Frisa que mesmo negado ao sujeito passivo o prosseguimento do processo, o controle da legalidade possibilitaria o retorno do mesmo para julgamento e sugere que a defesa e a informação fiscal sejam encaminhadas para distribuição/julgamento.

O presente Parecer foi referendado pelo Presidente deste Conselho em 10/08/2022 e o PAF encaminhado a esta Relatora em 16/09/2022, para instrução e posterior julgamento.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Thiago Paiva Caldas, OAB/BA nº 49.068, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Inicialmente, no que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, o presente lançamento é composto de uma única infração e diz respeito à falta de recolhimento do imposto, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

O sujeito passivo alega que a empresa tem como atividade empresarial o comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas, bem como de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal, conforme contrato social que informa estar anexando aos autos (Doc. 01).

Neste contexto afirma que a grande maioria das mercadorias que comercializa estão sujeitas ao regime de substituição tributária, pois inseridas no Anexo I o art. 289 do RICMS/BA, por se tratar de medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano e higiene pessoal, sendo que aquelas não alcançadas pelo referido instituto, por força do determinado no artigo 294 do RICMS, tiveram o seu imposto recolhido por antecipação no momento das suas aquisições, conforme se verifica no extrato de pagamento de DAes (DOC 06).

Frisa que as mercadorias autuadas, que se encontram elencadas no demonstrativo “*Falta recolhimento ICMS- Operação tributada como não tributada (NFC-es) Lista de notas fiscais*” não estão na lista de substituição tributária, mas no rol de mercadorias sujeitas ao ICMS-antecipação, ou seja, todo valor do ICMS foi pago de forma antecipada não justificando a presente autuação.

A autuante ao prestar a Informação Fiscal preliminarmente informa que todo o trabalho de auditoria foi baseado na Escrituração Fiscal Digital-EFD, nas NF-e recebidas/emitidas e nas informações constantes nos sistemas da SEFAZ.

Em seguida diz que, após analisar as alegações de defesa, juntamente com o que preceitua o art. 289 e o art. 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, acata as considerações de defesa do sujeito passivo e conclui pela improcedência do Auto de Infração.

De fato, dúvidas não existem de que a autuada tem como objeto social o comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas e comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal, conforme cláusula primeira da alteração contratual nº 09, cuja fotocópia encontra-se anexada à fl. 39.

Por outro lado, os medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano e higiene pessoal estão sujeitos ao regime de substituição tributária pois inserido no Anexo I, item 9.0, do RICMS/BA. Quanto aos demais itens comercializados, não alcançados pela substituição tributária o art. 294 do RICMS/BA prevê que: “*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”.

Assim sendo, não é cabível a tributação das mercadorias objeto do presente lançamento, no momento da saída, como procedeu a fiscalização, haja vista que todo o imposto já houvera sido recolhido no momento da entrada, fato inclusive comprovado pela autuante, consequentemente a infração é totalmente insubsistente.

Relativamente ao pedido do impugnante para que as intimações sejam entregues ao seu advogado, entendo que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade dos atos processuais, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206903.0023/21-0**, lavrado contra **VENTIN COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR