

PROCESSO	- A. I. N° 206903.0025/21-2
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- VENTIN COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0105-01/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 24/03/2023

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0035-12/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. A própria autuante, ao prestar a Informação Fiscal, acolheu a alegação defensiva de descaber a exigência fiscal, em face de o imposto exigido ter sido pago por substituição tributária ou antecipação tributária, e se manifestou pela improcedência da autuação, sendo, desse modo, insubstancial a infração. Não acolhida a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela Fazenda Pública Estadual, em razão do acórdão proferido pela 1ª JJF que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2021, para exigir ICMS no valor histórico total de R\$ 114.203,24, acrescido da multa de 100%, em decorrência da seguinte infração imputada ao autuado:

*Infração 002.001.002. Deixou de recolher, nos prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.*

*Consta ainda o seguinte registro: Demonstrativo: Falta recolhimento do ICMS – Operação tributada como não tributada (NF-e's).*

*Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, janeiro a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020, janeiro a junho de 2021.*

O autuado apresentou Defesa (fls.19 a 45).

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 64/65). Consigna que após analisar as alegações defensivas juntamente com o que preceitua o art. 269 c/c o art. 294, do RICMS/BA acata a solicitação do autuado e pede a improcedência do Auto de Infração.

Finaliza a peça informativa dizendo que ciente de que procedeu dentro das normas de Auditoria, com a certeza de ter dirimido quaisquer dúvidas sobre a ação fiscal realizada, reafirma o trabalho executado e solicita, salvo melhor juízo, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A 1ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrita, julgando Improcedente o presente Auto de Infração.

**VOTO**

*A acusação fiscal é de que o autuado deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.*

*Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante por ausência de demonstrativo em planilha (excel) contendo a relação das notas fiscais analisadas, portanto, por não ter acesso às informações necessárias para exercer o direito à ampla defesa e ao contraditório, limitando-se tão somente a rebater os dados constantes no campo “descrição dos fatos”.*

*O exame dos elementos que compõem o presente processo permite concluir que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que nas intimações enviadas ao autuado, via DT-e, acostadas às fls. 25/26, consta que foram anexados: Auto de Infração, demonstrativo de débito e demais documentos relacionados ao débito.*

Ademais, na mídia magnética (CD) acostada à fl. 23, verifica-se que os demonstrativos analíticos elaborados pela autuante identificam as notas fiscais arroladas na autuação com os seus respectivos dados, apesar de não constar a efetiva entrega ao autuado mediante recibo.

Devo dizer que o não acolhimento da pretensão defensiva decorre do fato de que, mesmo não tendo ocorrido a entrega dos referidos elementos, conforme aduzido pelo impugnante, esse equívoco é plenamente sanável, mediante a conversão do feito em diligência para entrega de todos os elementos e, consequentemente, com a reabertura do prazo de defesa, preservando, desse modo, o direito à ampla defesa e ao contraditório do Contribuinte e, consequentemente, o princípio da verdade material invocado pelo impugnante.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

No mérito, observo que o impugnante sustenta que o entendimento da autuante não pode prevalecer, haja vista que um elemento essencial não foi observado, no caso o pagamento antecipado do imposto nos termos dos artigos 294 e 289 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto 13.780/2012.

Alega o impugnante que em se tratando de farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, o RICMS/BA determina que estes Contribuintes farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária.

Diz o autuado por força do art. 294 do RICMS/BA, está obrigado a recolher o ICMS antes mesmo de ter praticado o fato gerador. Afirma que tal situação não fora observada na presente autuação. Assevera que 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, haja vista que se trata de itens de perfumarias, cosméticos, produtos de higiene pessoal e outras mercadorias.

O art. 294 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, invocado pelo impugnante dispõe o seguinte:

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..

Em conformidade com o documento “Dados Cadastrais”, acostado às fls. 10 a 12, verifica-se que o autuado exerce como Atividade Econômica Principal – 4771701- Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas; e como Atividade Secundária 4772500 - Comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal.

Certamente que por descaber a exigência fiscal nas operações de saídas realizadas pelo autuado, haja vista que o imposto referente às suas aquisições de mercadorias fora recolhido por antecipação tributária ou por substituição tributária, portanto, encerrando a fase de tributação, é que a autuante na Informação Fiscal acolheu os argumentos defensivos e se manifestou pela improcedência o Auto de Infração.

Diante disso, acolho o pronunciamento da autuante na Informação Fiscal no sentido da improcedência da autuação, sendo, desse modo, insubstancial a infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A 1ª JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

## VOTO

O referido apelo foi interposto em face de ter a Decisão recorrida desonerado o sujeito passivo do débito originalmente exigido na infração 1 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

De logo sinalizo que a empresa recorrida 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.

Em sede de impugnação, esclareceu a empresa recorrida que, não obstante a maior parte dos seus produtos estar sujeita à sistemática da substituição tributária, algumas mercadorias não constam no anexo I do RICMS, assim como nos anexos XIV e XIX do Convênio CONFAZ 142/2018.

As mercadorias lançadas na infração 01 do presente Auto de Infração estão classificadas sob NCM 3059000, assim como 3305100 e, se observado os anexos acima mencionados, de fato, não constam ali inseridos.

Esta foi a razão pela qual motivou a autuante a lavrar o presente Auto de Infração. Isto porque, não obstante a empresa recorrida ter classificado suas operações sob CFOP 5405 (*Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária*) as mercadorias comercializadas não constam abarcadas pela Substituição Tributária em observância à lista de mercadorias inseridas no Anexo I do RICMS/Ba e, por conseguinte, supostamente teriam sua saída sujeita à tributação.

Ocorre que, como bem esclareceu a empresa recorrida, não obstante as mercadorias lançadas não estarem sujeitas à substituição tributária, no segmento da empresa autuada (farmácia e drogarias) há regra específica que exige o recolhimento antecipado do ICMS, conforme art. 294 do RICMS/BA, que assim dispõe:

*"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"*

Ou seja, esclareceu a empresa recorrida que a tributação das suas mercadorias ocorre antecipadamente, ainda que parte de seus produtos não esteja enquadrado na substituição tributária.

Assim, o fato gerador do ICMS não ocorre quando das saídas das mercadorias e sim mediante antecipação nas aquisições realizadas, em estrita conformidade ao que dispõe nosso ordenamento legal, mais precisamente art. 294 do RICMS/Ba acima transcrito.

Acostou ainda a empresa recorrida relação de DAE's sob código 1145 de todo o período fiscalizado (2017 a 2021), comprovando realizar as referidas antecipações mensalmente.

Não há nos autos, todavia, correlação entre os DAE's recolhidos e as notas fiscais lançadas, todavia, considerando que a fiscal autuante admitiu a improcedência da presente infração, suponho que tenha realizado o exame dos elementos de prova trazidos pela empresa recorrida. Não obstante, por certo, não caberia a autuante exigir ICMS nas operações de saída realizadas, devendo, pois, a imputação ter como base as suas entradas e não as saídas como consta nos autos.

Ademais, se observado as notas fiscais lançadas, é de se constatar que, em sua grande maioria, estão relacionadas às operações fiscais sem incidência tributária, a exemplo das operações de transferências entre matriz e filial sob código 5409.

Da análise da mídia à fl. 23 dos autos é possível confirmar que, de fato, todas as operações lançadas são relativas aos CFOP's:

- **5927** Baixa de Estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração; diz respeito as perdas de mercadorias em virtude de seu perecimento.
- **5411** Devolução de compras; se refere à devolução de mercadoria adquirida para comercialização e que estão sujeitas ao ICMS/ST, qual seja, operações que representam o "desfazimento" do negócio jurídico.
- **5409** Transferência de mercadoria sujeita a ST entre matriz/filial; são meras transferências entre estabelecimentos do mesmo titular.
- **5949** Outra saída de mercadoria ou prestação de serviços não especificada.

Diante do acima exposto, corroboro com a decisão de piso que julgou pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício.

Este é o voto.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206903.0025/21-2**, lavrado contra **VENTIN COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS