

PROCESSO	- A. I. N° 206903.0039/21-3
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- VENTIN COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0126-04/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 24/03/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0041-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVRIOS FISCAIS PRÓPRIOS. **a)** NFC-e. **b)** NF-e. As considerações de defesa elidem o lançamento fiscal. Trata-se de operações de saídas de mercadorias praticadas por empresa varejista farmacêuticas. Mercadorias que tiveram o pagamento antecipado do imposto (ICMS) na entrada, por estarem abarcadas pelo instituto da substituição tributária ou por ter o imposto pago antecipado nos termos dos arts. 289 e 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, respectivamente. Também se pode observar, no levantamento fiscal, operações com “CFOP 5927” e “CFOP 5409” que não há a incidência de imposto (ICMS). Em sede de Informação Fiscal, acata as arguições de defesa e pede improcedência da autuação. Infração insubsistente. 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. 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 4ª JJF, que julgou Improcedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 09/12/2021, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 441.714,75, conforme demonstrativos/documents acostados às fls. 9 a 25 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 26, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 - 002.001.003: *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2018, 2019, 2020 e 2021. Consta das descrições dos fatos como informações complementares que se trata de NFC-e. Lançado ICMS no valor de R\$ 387.139,40, com enquadramento no art. 2º, inciso I; e art. 32, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.*

INFRAÇÃO 02 - 002.001.003: *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2018, 2019, 2020 e 2021. Consta das descrições dos fatos como informações complementares que se trata de NF-e. Lançado ICMS no valor de R\$ 54.575,35, com enquadramento no art. 2º, inciso I; e art. 32, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.*

O sujeito passivo, às fls. 30/42 dos autos, apresenta defesa administrativa.

A autuante se manifesta nos autos, esclarecendo 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. Após analisar as alegações da autuada, junto

com o que preceitua o art. 289 c/c art. 294 do RICMS/BA diz que acata a solicitação da defendente e solicita a improcedência da infração.

A 4ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transrito, julgando Improcedente o presente Auto de Infração.

VOTO

O sujeito passivo argui nulidade do Auto de Infração, em tela, porquanto a Ilustre Auditora Fiscal não ter entregue da autuação o respectivo demonstrativo em formato de tabela (Excel), documento este imprescindível para a garantia do direito ao contraditório e ampla defesa da Autora, garantido constitucionalmente no art. 5º, LV da CF/88, bem como no art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Pontua que, conforme previsto no art. 28, § 4º, II, art. 39, IV e art. 41, II, todos do RPAF/BA, a apresentação do demonstrativo e dos levantamentos elaborados pelo Agente Autuador quando da lavratura do auto de infração são documentos imprescindíveis para fins de validade do lançamento, que destaca. Também destaca o art. 8º do referido Regulamento.

De fato, são documentos imprescindíveis para fins de validação do lançamento fiscal, e como tal, assim procedeu a agente Autuante não tão-somente entregou os demonstrativos impressos, como também em CD/Mídia, conforme se pode constatar da Mensagem Dt-e de fl. 28 dos autos.

Por sua vez, em relação ao fato dos arquivos constitutivos do lançamento estarem gravados no CD/Mídia no formato PDF, não vejo qualquer orientação quanto ao formato a ser apresentado ao defendente. O fato é que, os demonstrativos no formato PDF podem ser importados para leitura em banco de dados, como também, transformado no formato de “Planilha Excel”, como assim é o desejo do defendente, possibilitando fazer suas conferências e cruzamentos de informações sem qualquer dificuldade, que aliás o fez quando trouxe aos autos considerações de mérito como muita propriedade, as quais foram acatadas pela agente Autuante na sua integralidade, em sede de Informação Fiscal.

Afasto, portanto, a arguição de nulidade e passo, então, a análise do mérito.

No mérito, o Auto de Infração, em tela, lavrado em 09/12/2021, resultou de uma ação fiscal realizada por agente Fiscal lotado na unidade Fazendária INFRAZ VAREJO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 502705/21, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no montante de R\$ 441.714,75, relativo a duas imputações, todas por ter deixado de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, decorrentes de operações por NFC-e e NF-e, respectivamente, nos anos de 2018, 2019, 2020 e 2021, conforme demonstrativos e documentos acostados às fls. 9 a 25 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 26.

Em sede de defesa, o sujeito passivo, no mérito, em primeiro plano traz considerações de pagamento antecipado do imposto (ICMS) por empresas varejistas farmacêuticas, que é o seu objeto, onde afirma que dificilmente terão valores a recolher de imposto (ICMS) nas vendas realizadas ao consumidor final, pois em sua quase totalidade as mercadorias por elas comercializadas ou estão sujeitas ao regime da Substituição Tributária (art. 289) ou estão sujeitas à antecipação do imposto (art. 294).

Após descrever o art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, que trata do regime de substituição tributária, nos termos do Anexo 1 deste regulamento, diz observar que faz referência aos medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano, higiene pessoal e produtos de perfumaria, de higiene pessoal e cosméticos, alguns dos produtos objeto da autuação.

Traz, também, o destaque do art. 294, do mesmo diploma legal, onde aduz dispor que as farmácias devem promover o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária, que dizem respeito a alguns dos outros produtos objeto da autuação.

Neste contexto, diz, o sujeito passivo, que das operações listadas na autuação, nenhuma delas geraram imposto (ICMS) a pagar, justamente por ter sido antecipado no momento da sua aquisição. Concluiu, então, sua arguição de defesa de que a manutenção da autuação caracterizaria o “bis in idem” tributário.

Também traz considerações de não incidência de imposto (ICMS) sobre operações com “CFOP 5927 Baixa de Estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração” e “CFOP5409 Transferência de Mercadoria sujeita a ST entre matriz/filial”, onde traça todo um arrazoado na peça de defesa das fls. 39 a 41 dos autos.

Em sede de Informação Fiscal, a agente Fiscal Autuante informa que todo o trabalho de auditoria que deu azo ao presente lançado foi baseado na EFD, nas NF-e recebidas/emitidas e nas informações constantes dos sistemas da SEFAZ, em seguida diz que, após analisar as alegações de defesa, junto com o que preceitua o art. 289 e o art. 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, diz acatar as considerações de defesa do sujeito passivo, então solicita a improcedência do Auto de Infração, em tela.

Neste sentido, consoante todo o discorrido de arguição de mérito, pelo sujeito passivo, em sede de defesa,

associado a manifestação da agente Autuante, é forçoso reconhecer a insubsistência da constituição do presente lançamento fiscal.

Quanto à pretensão de que todas publicações oriundas deste litígio ocorram exclusivamente em nome de Tiago Martins Borges, brasileiro, casado, contador, inscrito no CRC/BA nº 039392-0, 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, observo que não se pode conceder tal exclusividade e o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Isto posto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, em tela.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a" do RPAF/99.

VOTO

O referido apelo foi interposto em face de ter a Decisão recorrida desonerado o sujeito passivo do débito originalmente exigido nas infrações 1 e 2 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, em observância aos anexos inseridos em Convênio, 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 e, por conseguinte, supostamente teriam sua saída sujeita à tributação.

Ocorre que, como bem esclareceu a empresa recorrida, não obstante não estarem sujeitas à substituição tributária, há regra específica que dispõe quanto ao dever das empresas que comercializam esses produtos realizarem a antecipação 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 estejam enquadrados na substituição tributária. Ou seja, o fato gerador do ICMS não ocorre quando das saídas e sim mediante antecipação nas aquisições realizadas, em estrita conformidade ao que dispõe nosso ordenamento legal, mais precisamente art. 294 do RICMS/BA.

Acostou ainda a empresa recorrida relação de DAE's sob código 1145 de todo o período

fiscalizado (2018 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 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.

Em relação a infração 02, 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 sem incidência tributária. De milhares de operações lançadas sob o CFOP 5409, constam apenas 6 operações sob o CFOP 5927 que trata de operação vinculada à baixa de estoque decorrente de perda (produtos vencidos).

Assim, se observado à mídia à fl. 26 dos autos é possível confirmar que, de fato, constam lançadas notas fiscais que respaldam operações que, em verdade, não configuram fato gerador do ICMS, conforme entendimento firmado na Súmula nº 166 do STJ, assim como em inúmeras decisões desse Conselho Fazendário.

Diante do acima exposto, corroboro com a decisão de piso que julgou pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração e, consequentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **206903.0039/21-3**, lavrado contra **VENTIN COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS