

PROCESSO	- A. I. Nº 206903.0023/21-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- VENTIN COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0219-04/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 16/06/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0147-12/23-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 insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado em relação à Decisão recorrida que julgou improcedente 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. 30 a 35, a defesa apresentada pelo sujeito passivo. Disse que o entendimento da fiscalização não pode prevalecer, pois não foi observado o pagamento antecipado do tributo nos termos do art. 294 e 289 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto nº 13.780/2012), possui 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).

Pontua que que a sistemática principal das varejistas farmacêuticas, muitas mercadorias não constam no anexo XIV e XIX do Convênio ICMS 142/2018, no entanto, não estar na sistemática de substituição tributária (ST), não significa que tais mercadorias sofreriam incidência do ICMS na saída promovida pela impugnante, 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 ST. Afirma que promove o pagamento do ICMS antecipado, conforme verifica o extrato de pagamento de DAE's (Doc. 06), ou seja, não justifica a autuação, conforme o art. 294 do RICMS/BA e, para efeito de apuração da base de cálculo deverão utilizar as margens de valor agregado prevista no § 17, do art. 289 do mesmo diploma

Às fls. 96 e 97 consta a Informação Fiscal onde, 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 defendant e finaliza solicitando a improcedência da autuação.

Na decisão de piso tem o seguinte voto condutor:

VOTO

(...)

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 insubstancial.

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

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

É relatório.

VOTO

O apelo recorrido interposto pela JJF que julgou pela Improcedência da autuação lavrada por “falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis”, referente aos exercícios de 2017 a 2020, sendo este referido lançamento de ofício, está previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sinalizo que o recorrido possui atividade empresarial voltada para o comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas, bem como de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal.

Na impugnação esclareceu o recorrido que, não obstante a maior parte dos seus produtos estar sujeita à sistemática da ST, algumas mercadorias não constam no anexo I do RICMS, assim como nos anexos XIV e XIX do Convênio ICMS 142/2018. As mercadorias lançadas no presente Auto de Infração estão classificadas sob NCM 3059000, assim como 3305100 e, se observado os anexos mencionados, de fato, não constam ali inseridos. Razão esta que a fiscalização lavrou o presente Auto de Infração, porque não obstante o recorrido 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

ST em observância à lista de mercadorias inseridas no Anexo I do RICMS/Ba e, por conseguinte, supostamente teriam sua saída sujeita à tributação.

Esclareceu o recorrido que, 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"

Também consta esclarecimento de que a tributação das suas mercadorias ocorre antecipadamente, ainda que, parte de seus produtos não esteja enquadrado na ST. 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. No entanto, consta provas (relação de DAE's sob código 1145 de todo o período fiscalizado – exercícios 2017 a 2020), comprovando realizar as referidas antecipações mensais, conforme fls. 83/89.

Não há nos autos, todavia, correlação entre os DAE's recolhidos e as notas fiscais lançadas, embora a fiscal autuante tenha admitido a improcedência da presente infração. Suponho eu que a mesma tenha realizado o exame dos elementos de prova trazidos pelo recorrido. Assim, por certo, não caberia a fiscalização exigir imposto nas operações de saída realizadas, devendo a imputação ter como base as suas entradas e não as saídas como consta nos autos.

Observei que as notas fiscais lançadas, constata-se, em sua grande maioria, o código **5409 - vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros em operação com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído** – e, minoria, **5102 - vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento** -, através da mídia à fl. 22 dos autos.

Corroboro com o entendimento da fiscal autuante e, consequentemente, da decisão de piso que julgou pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício.

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 **206903.0023/21-0**, lavrado contra **VENTIN COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS