

PROCESSO	- A. I. Nº 206951.0004/19-7
RECORRENTE	- GIL FARMA COMERCIAL FARMACÊUTICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0025-03/21-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFRAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 16/06/2023

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0173-12/23-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O autuado não apresenta novos elementos, aptos a promover ajustes no lançamento para além do que foi parcialmente acolhido pelo Autuante e pelo órgão julgador de primeiro grau. Infrações parcialmente caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, resultando em desoneração do Sujeito Passivo da ordem de R\$ 4.669,84, ao tempo da prolação da decisão (fl. 649).

O Auto de Infração foi lavrado em 11/09/2019 e notificado ao Sujeito Passivo em 17/09/2019 (fl. 03), para exigir ICMS no montante de R\$ 69.065,62, além de multa (60% sobre o valor lançado) e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de duas infrações em períodos de apuração salteados, ao longo dos exercícios de 2015 e 2016.

A acusação foi enunciada da seguinte maneira:

**Infração 01 – 01.02.05:** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. A empresa creditou todo o ICMS destacado nas Notas Fiscais das mercadorias enquadradas na ST. Depois estornou parte desse crédito conforme demonstrativo de cálculo, Notas Fiscais (amostragem) e Livro Registro de Entradas cópias anexa. [...] **Enquadramento legal:** Art. 9º e art. 29, § 1, § 4º, inciso II da Lei 7.014/96 C/C art. 250 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96. [...] Total da infração: R\$ 28.991,04.

**Infração 02 – 02.01.03:** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Conforme demonstrativo de cálculo anexo ao PAF [...] **Enquadramento legal:** Art. 2º, inciso I, e art. 32 da Lei 7.014/96 C/C art. 332, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96. [...] Total da infração: R\$ 40.074,58..

O contraditório se desenvolveu de modo adequado em primeiro grau, com **Defesa** à fl. 497, em que o Sujeito Passivo reconhece parte de ambas infrações, impugna a glosa de “notas com permissão de aproveitamento de crédito” em relação à Infração 01, e rechaça a tributação de algumas mercadorias (tais como “colar cervical”) em relação à infração 02; **Informação Fiscal** às fls. 589 a 591, promovendo ajustes nos demonstrativos do Auto de Infração; **Diligência Fiscal** para intimação da então Defendente acerca dos ajustes nos demonstrativos, facultando-se manifestação (cujo prazo escoou *in albis* - fls. 638 a 640).

Em 01/03/2021 (fls. 644 a 647) a 3ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

### VOTO

*Preliminarmente, sobre os aspectos formais do processo, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando*

com a indicação dos documentos pertinentes, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento. O Autuado recebeu as Planilhas demonstrativas das irregularidades constatadas, fls. 10/491, conforme Termo de Recebimento fl. 492, e mídia magnética CD fl. 634.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio da legalidade, ao devido processo legal, ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como, na narrativa dos fatos correspondentes a irregularidades imputadas.

Dessa forma, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o autuado foi acusado de ter cometido duas irregularidades:

*Infração 01 – 01.02.05 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária. A Empresa creditou-se de todo o ICMS destacado nas notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Depois estornou apenas parte desse crédito.*

*Infração 02 – 02.01.03 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

*Em sede de impugnação, o defendente argumentou que concorda em parte com o auto. Sobre o levantamento fiscal denominado Anexo I, elaborou demonstrativo de notas fiscais com permissão de aproveitamento de crédito e as notas fiscais em questão, que comprovam ser o crédito devido.*

*Relativamente ao Anexo II – composto de demonstrativo com produtos dos quais não deviam ser tributados, afirmou que estavam classificados com as NCM's incorretas, gerando uma informação errada. Apontou as notas fiscais de Entradas, que comprovam as NCM's corretas dos produtos, que faziam parte do Anexo I do RICMS do Estado da Bahia.*

*Ainda sobre o Anexo II, destacou os produtos que não deveriam ser tributados e os NCM's dos mesmos: Água Boricada 3%, Água Oxigenada 10, vol. 100ml, Colar Cervical Gr, Colar Cervical Md, Óleo de Rícino 30ml, Soro Fisiológico 0,9% 100ml, 250ml e 500ml, Vaselina Sólida.*

*A Autuante, em informação fiscal, declarou que assiste em parte razão à defesa. Elabora novo demonstrativo de débito, afirmando que a redução não se dá no montante requerido pela defesa. Afirmou que para se fazer o correto enquadramento de uma mercadoria no regime de substituição tributária, além do código de NCM do documento fiscal, deve-se atentar também, para a descrição da mercadoria. Excluiu as notas fiscais que fazem parte indevidamente, do levantamento fiscal reduzindo o valor da infração 01 lançado originalmente.*

*Sobre a infração 02, afirmou que: a) Água boricada, água oxigenada (volume 10) e soro fisiológico (código de NCM 25010090) não são medicamentos. São produtos de limpeza, portanto fora do regime de substituição tributária; b) colar cervical está na isenção prevista no Convenio ICMS 126/2010 e foi retirado dos cálculos; c) vaselina sólida é produto de hidratação, não é medicamento. É utilizado como hidratante para pele, cabelo etc. Concluiu pelo ajuste do demonstrativo de débito, afirmando que fica essa infração procedente parcialmente.*

*Analizando os elementos que compõem o presente PAF, acolho as conclusões da Autuante, considerando que estão em conformidade com a legislação que rege a matéria.*

*Vale salientar, que o Autuado tomou ciência dos ajustes realizados na informação fiscal e permaneceu silente, do que se depreende que tenha cessado a lide sobre a questão apreciada nos autos.*

*Sendo assim, as infrações 01 e 02 subsistem parcialmente, no valor de R\$ 26.705,58 e R\$ 40.032,46, respectivamente, conforme demonstrativos ajustados fls.572/633. CD fl. 634.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

*Não foi interposto recurso de ofício, certamente por escapar ao valor de alçada (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).*

*Regularmente intimado em 14/05/2021 (fl. 653), primeiramente foi lavrado termo de perempção em 17/05/2021 (fl. 560).*

*Intimado da intempestividade do Recurso Voluntário, o Sujeito Passivo protocolizou em 01/07/2021 demonstração de envio do recurso em 04/06/2021 para o endereço eletrônico [defesa\\_administrativa@sefaz.br](mailto:defesa_administrativa@sefaz.br) (fls. 661 a 665), anexando cópia do Recurso Voluntário (fls. 668 a 669, com documentos de fls. 670 a 747) e requerendo o recebimento do mesmo. Reiterou seu petitório em 01/09/2021 (fls. 751 a 757).*

*À vista desses documentos, a Coordenação Administrativa lavrou parecer favorável ao pedido de*

processamento do Recurso Voluntário (fls. 762 e 762-v.), com Decisão da Presidência do CONSEF pelo processamento do recurso (fl. 762-v.).

Os autos me foram atribuídos em 11/10/2022, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário sua inclusão em pauta. Cumpre, assim, sumariar a pretensão recursal, presente no Recurso Voluntário de fls. 668 a 669 (deve-se renumerar os autos, ante o equívoco de numeração):

- A) que, em relação à Infração 01, reconhece apenas a tributação pelo valor de R\$ 17.557,48), e anexa “demonstrativo de notas com permissão de aproveitamento de crédito” às fls. 670;
- B) que, em relação à Infração 02, aduz que “realizou o pagamento dos tributos no momento da compra, portanto não reconhece o auto de infração II e requer a juntada dos pagamentos efetuados e que sejam descontados [Sic] o que já foi pago do tributo, no valor de R\$ 11.592,26 [...]”;
- C) que o fato gerador não existiu, que os tributos foram pagos no momento da compra, como consta dos documentos anexos, e que “diante da confusão do agente fiscal ao notificar a autuada, devido à ausência dos documentos que comprovam a quitação dos débitos apurados (DAEs) em anexo, é incabível o auto de infração realizado”;
- D) que, subsidiariamente, informando sobre os “pagamentos não realizados”, o Auto de Infração “deve ser reconhecido em parte”.

Conclui requerendo “anulação em parte” de ambas as infrações, além da intimação em nome do advogado que declina à fl. 668, sob pena de nulidade do ato praticado.

É o relatório.

## VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99), sendo que a tempestividade foi objeto de apreciação pela Presidência do CONSEF - matéria que, portanto, considero preclusa.

Antes de adentrar o mérito, destaco que o requerimento de intimação em nome do advogado foi atendido, consoante o costume deste Conselho de publicar intimações de julgamento em nome dos advogados signatários, ainda que não haja requerimento expresso:

## 42 EXECUTIVO

**DIÁRIO OFICIAL**  
República Federativa do Brasil - Estado da Bahia

SALVADOR, TERÇA-FEIRA, 9 DE MAIO DE 2023 - ANO CVII - Nº 23.657

## Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF

CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL - CONSEF  
EDITAL(IS) DE CONVOCAÇÃO  
(SESSÃO VIRTUAL)

O Presidente do Conselho de Fazenda Estadual, com base no art.51, do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto n. 7.592/99 convoca os Senhores Conselheiros e Julgadores, o(s) representante(s) da PGE/PROFIS e Advogados, legalmente constituídos. Aqueles não julgados serão incluídos na(s) pauta(s) da(s) sessão(ões) seguinte(s), independente de publicação, de acordo com o art. 67, I, do Regimento Interno:

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL através de VIDEOCONFERÊNCIA - Data: 18/05/2023**  
às 14:00

RELATOR(A): HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA  
Auto de Infração - 2069510004197 - Recurso Voluntário: Autuado(a) GIL FARMA COMERCIAL FARMACEUTICOS LTDA - Autuante(s) - GERALDA INES TEIXEIRA COSTA - Advogado(s): MARCUS VINICIUS DE SOUZA SILVA

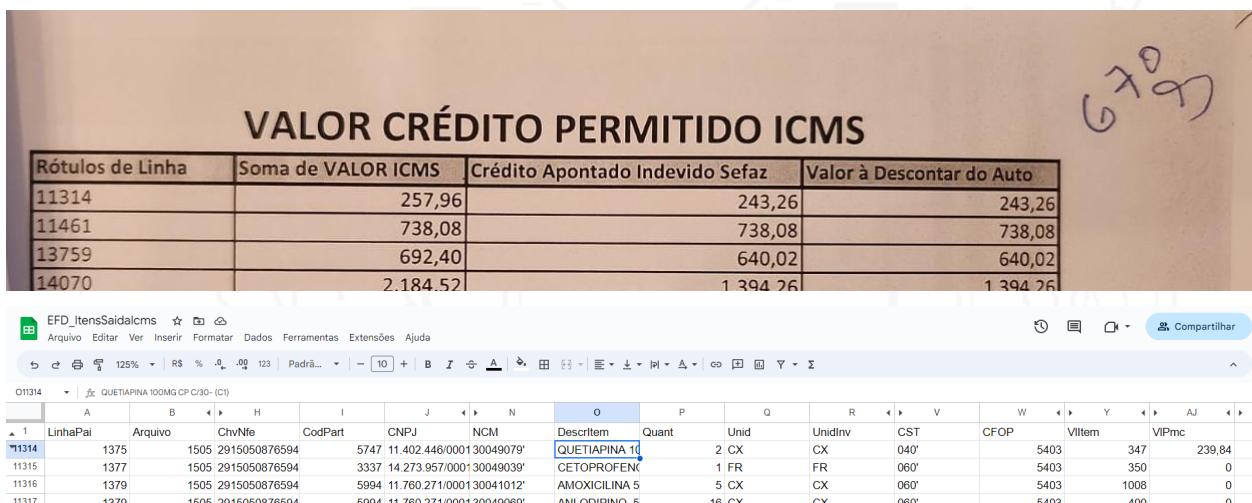
Observo, ainda, que as intimações são também encaminhadas ao e-mail cadastrado do contribuinte junto à SEFAZ/BA, e que os atos de comunicação no curso do PAF não serão nulos se atendidos os requisitos dos arts. 108 e 109 do RPAF/99.

Prosseguindo no exame das razões recursais, constato que a primeira acusação (Infração 01) diz respeito ao uso indevido de crédito fiscal em operações nas quais houve antecipação tributária.

Em primeiro grau, a tese da ora Recorrente é de que haveria “permissão de aproveitamento” de crédito em algumas das notas fiscais presentes nos demonstrativos - sem maior esclarecimento sobre o que seria essa “permissão de aproveitamento”.

A Autuante, em sua Informação Fiscal, rechaçou a tese, mas considerando a sua metodologia (qual seja, cotejar os créditos apropriados de operações de aquisição com antecipação tributária, com os estornos de créditos fiscais), constatou algumas operações que admitiriam o crédito diante de um melhor exame dos elementos NCM e descrição da mercadoria - embora a mídia de fl. 634 (também a merecer renumeração) não contenha nada além da própria peça da Informação Fiscal, sem qualquer demonstrativo analítico sobre as operações que integraram a autuação e que foram revistas por ocasião da Informação Fiscal.

Mantida em primeiro grau a revisão promovida pela Autuante, a Recorrente inconformada anexa uma tabela intitulada “VALOR CRÉDITO PERMITIDO ICMS” (fl. 670), que aparentemente remete ao demonstrativo anexado em CD quando da lavratura do Auto de Infração. Buscando o “Rótulo de Linha” “11314” (primeira linha da tabela referida, à fl. 670) encontro no CD do Auto de Infração uma operação com a mercadoria “QUETIAPINA 100MG CP C/30- (C1)”. Mas ali não constato qualquer valor relacionado ao lançamento fiscal supostamente indevido. Tampouco constato o motivo para o indevido lançamento. Seguem-se imagens:



**VALOR CRÉDITO PERMITIDO ICMS**

Rótulos de Linha	Soma de VALOR ICMS	Crédito Apontado Indevido Sefaz	Valor à Descontar do Auto
11314	257,96	243,26	243,26
11461	738,08	738,08	738,08
13759	692,40	640,02	640,02
14070	2.184,52	1.394,26	1.394,26

Arquivo Editar Ver Inserir Formatar Dados Ferramentas Extensões Ajuda

011314 - QUETIAPINA 100MG CP C/30- (C1)

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O	P	Q	R	S	T	U	V	W	X	Y	Z
1 LinhaPai	Arquivo	ChvNfe	CodPart	CNPJ	NCM	DescriItem	Quant	Unid	UnidInv	CST	CFOP	VlItem	VlPmc												
11314	1375	1505 2915050876594	5747 11.402.446/000130049079'	QUETIAPINA 10	2 CX	CX	040'			5403	347	239,84													
11315	1377	1505 2915050876594	3337 14.273.957/000130049039'	CETOPROFENC	1 FR	FR	060'			5403	350	0													
11316	1379	1505 2915050876594	5994 11.760.271/000130041012'	AMOXICILINA 5	5 CX	CX	060'			5403	1008	0													
11317	1379	1505 2915050876594	5994 11.760.271/000130049069'	ANLODIPINO 5	16 CX	CX	060'			5403	400	0													

Penso que a Recorrente não se desincumbiu do ônus de impugnar especificamente o lançamento (art. 143 do RPAF/99), pois não esclarece qualquer seriação a razão dessa “permissão de aproveitamento de crédito”, tampouco apresentou demonstrativos que trouxessem a esta relatoria a convicção de equívoco no lançamento tributário.

Seguindo agora para a segunda acusação (Infração 02), essa diz respeito ao tratamento, como não tributáveis, de operações que são efetivamente tributáveis (o que, em geral, decorre por exemplo da divergência entre Fisco e contribuinte a respeito de mercadorias isentas, ou em operações subsequentes com mercadorias com fase de tributação já encerrada - em substituição tributária, por exemplo).

Em primeiro grau, a tese da ora Recorrente é de que operações com “Água Boricada 3%”, “Água Oxigenada 10, vol. 100ml”, “Colar Cervical Gr”, “Colar Cervical Md”, “Óleo de Rícino 30ml”, “Soro Fisiológico 0.9% 100ml, 250ml e 500ml”, “Vaselina Sólida”, segundo seu juízo, “não deveriam ser tributados”. Indicou o NCM das mercadorias, e a “situação” - fez menção ao Anexo I do RICMS (ou seja, operações sujeitas à substituição tributária) e, em relação a “colar cervical”, menciona “ISENÇÃO CONV. ICMS 126/2010”.

A Autuante, em sua Informação Fiscal, acatou a tese em relação aos “coletes cervicais”, mas rechaçou cada um dos demais itens, indicando não se tratar de medicamentos.

Mantida em primeiro grau a revisão promovida pela Autuante, a Recorrente inconformada diz que “a empresa realizou o pagamento dos tributos no momento da compra, portanto não reconhece o auto de infração II e requer a juntada dos PAGAMENTOS EFETUADOS e que seja descontados o

*que já foi pago do tributo, no valor de 11.592,56 (onze mil quinhentos e noventa e dois reais e cinquenta e seis centavos)". Afirma juntar DAEs que comprovam os pagamentos.*

Compulso os anexos do Recurso Voluntário (fls. 670 a 747) e nada encontro sobre “pagamentos efetuados”. A argumentação, mais uma vez, se torna incompreensível para essa relatoria. A Recorrente não se desincumbiu do ônus de impugnar especificamente o lançamento (art. 143 do RPAF/99), não esclarece como teria feito “pagamentos” (de mercadorias isentas ou não tributáveis?), tampouco apresenta demonstrativos que trouxessem convicção de equívoco no lançamento tributário.

Pelo exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

É como voto.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206951.0004/19-7, lavrado contra **GIL FARMA COMERCIAL FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$ 66.738,04**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, dos incisos II e VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS