

A. I. N° - 281317.0052/21-8
AUTUADO - VENTIM & VENTIM
AUTUANTE - JONEY CÉSAR LORDELLO DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/11/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0239-04/23-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. OPERAÇÕES TRIBUTADAS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Trata-se de mercadorias comercializadas sujeitas à Substituição Tributária ou sujeitas à Antecipação do ICMS, conforme dispõe os artigos 289 e 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012, sendo o imposto pago na entrada do estabelecimento. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2021, constitui crédito tributário no valor de R\$ 810.429,04, conforme demonstrativos acostados às fls. 11 a 21 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 22, 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 no ano de 2016, conforme demonstrativo: *“Falta de recolhimento do ICMS–Operação tributada como não tributada (ECF)”* às fl. 11/13 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 590.610,55, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32, da Lei n° 7.014/96 c/c art. 332, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei n° 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 - 002.001.003: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no ano de 2016, conforme demonstrativo: *“Falta de recolhimento do ICMS–Operação tributada como não tributada (NFC-e)”* às fl. 14/17 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 212.759,42, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32, da Lei n° 7.014/96 c/c art. 332, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei n° 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 002.001.003: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no ano de 2016, conforme demonstrativo: *“Falta de recolhimento do ICMS–Operação tributada como não tributada (NF-e)”* às fl. 18/21 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 7.059,07, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32, da Lei n° 7.014/96 c/c art. 332, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei n° 7.014/96

O sujeito passivo, às fls. 27/40 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ 005.286.324/0001-51, com sede na Avenida Caminho de Areia, Loja, 153, Caminho de Areia, Salvador/BA, CEP 40.440-360, neste ato representado por seu sócio administrador, Álvaro Ventin Garrido Junior, brasileiro, casado, empresário, inscrito no CPF n° 412.854.505-82 conforme Contrato Social em anexo (Doc. 01), por intermédio de seu procurador regularmente constituído mediante instrumento de mandato (Doc. 02), com endereço profissional na Av. Tancredo Neves, 2227, Edif. Salvador Prime, Sala 1016, Caminho das Árvores, Salvador - BA, CEP: 41820-021, onde deverá receber todas as comunicações necessárias ao regular desenvolvimento do presente processo administrativo, vem apresentar

impugnação administrativa ao Auto de Infração de nº 2813170052/21-8, sob os fatos e fundamentos que serão descritos, requerendo que suas razões de defesa sejam apreciadas por esta Junta de Julgamento Fiscal - JJF, nos termos do art. 53 do Decreto nº 7.629/99, que disciplina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA).

I. DA AUTUAÇÃO SOFRIDA

Registra que, Conforme se verifica do auto de infração, em tela, fora imputada, à impugnante, o cometimento de 3 (três) infrações que resultaram em não recolhimento de ICMS.

Em face desse entendimento a Autuante identificou crédito no montante histórico de R\$ 590.610, 55 para a INFRAÇÃO 01; R\$ 212.759,42 para a INFRAÇÃO 02; e R\$ 7.059,07 para a INFRAÇÃO 03, totalizando o montante devido de R\$ 810.429,04.

Data vênua, diz que, ao posicionamento do ilustre Auditora Fiscal, tal entendimento não pode prevalecer, pois além de eivar a possibilidade do contraditório e ampla defesa ao não disponibilizar o demonstrativo em arquivo excel, o Auto de Infração possui diversas inconsistências. A principal dela está relacionada ao 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, bem como a ocorrência do fenômeno da decadência da maior parte do período compreendido no auto de infração.

II. DA SÍNTESE FÁTICA

Diz que 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 mercadoria dentro e fora do Estado para poder disponibilizar aos seus clientes/consumidores os mais diversos produtos relacionados ao seu segmento.

Pela especificidade, então, 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 promove a saída dessas mercadorias não há 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, promove, religiosamente, o pagamento do ICMS antecipado. Ou seja, todo o valor de ICMS é pago na entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

Tal fundamento por si só é suficiente para ilidir todas as 3 Infrações imputadas à impugnante no presente auto de infração, visto que como recolhe todo o ICMS na entrada das mercadorias, as suas saídas não geram débito de ICMS, consequentemente, não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS nas operações de saídas;

Ademais, conforme será visto adiante, além do fato de que a impugnante está sujeita ao regime de substituição tributária e antecipação total, tem-se que grande parte do crédito constituído no presente lançamento está decaído, em virtude da aplicação da norma constante no art. 150, § 4º do CTN.

III. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

III.1 DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL, INSERIDO EXPRESSAMENTE NO ART. 2º DO RPAF/99 E NO ART. 2º DO REGIMENTO INTERNO DO CONSEF

Diz que o princípio de direito aqui tratado, ou seja, o 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), que destaca.

Aduz que, no 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.

Este Conselho de Fazenda, diga-se de passagem, 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.

Pontua que, ao tentar converter os arquivos em *pdf* para excel nenhuma das tentativas resultaram em sucesso. As informações acabavam sendo desconfiguradas.

Assim, pelo princípio da verdade material, faz-se necessário a realização de diligências para garantia do devido processo legal e a legitimidade da cobrança.

III.2 DA NECESSIDADE DE ENTREGA DAS PLANILHAS E DEMONSTRATIVOS UTILIZADOS PELO AUTUANTE E QUE EMBASARAM A CONFECÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO

Registra que, ainda em sede de considerações iniciais, há de se pontuar a nulidade do lançamento, decorrente do fato do Ilustre Auditora Fiscal não ter entregue na autuação o respectivo demonstrativo em formato de tabela (Excel), documento este imprescindíveis para a garantia do direito ao contraditório e ampla defesa da Autora, garantido constitucionalmente no art. 5, LV da CF/88, bem como no art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Face a inexistência da planilha (arquivo em excel) com a relação de notas fiscais analisadas pela autoridade fiscal, a Autora não teve acesso às informações necessárias para realizar a defesa do auto de infração.

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.

Salienta que a atividade administrativa fiscalizatória é estritamente vinculada, significando dizer que a autoridade administrativa está limitada aos termos legais previstos na legislação de regência, sob império do princípio da legalidade, de modo a garantir o cumprimento e respeito aos princípios da verdade material e do contraditório e ampla defesa, tudo em conformidade com o art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Também destaca o que as petições deverão conter. Diz que o art. 8º, § 3º do RPAF deixa claro a necessidade de entrega das planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada, o que não fora feito no caso em questão.

Após outras considerações, diz que resta demonstrada a nulidade do presente auto de infração, em face de não ter a autoridade administrativa disponibilizado os demonstrativos e levantamentos indispensáveis à validade do presente lançamento em formato de tabela (Excel), dada a sua vinculação ao RPAF/BA (art. 8º e art. 28, § 4º, II), significando dizer que o presente lançamento foi realizado em detrimento/preterição do direito ao contraditório e ampla defesa desta Impugnante.

III.3 DA EXTINÇÃO DO CRÉDITO EM VIRTUE DA DECADÊNCIA

Diz que, como posto acima, trata-se de autuação visando a constituição do crédito tributário decorrente ao não recolhimento ou utilização indevida de crédito de ICMS dos períodos de 2016 a 2018.

Pontua que, mesmo que se considere a intimação da impugnante no dia 18 de março de 2022, diante da legislação vigente e da interpretação já consolidada pelo STJ a maior parte do débito apurado constante no lançamento por ofício já não mais existia, face a ocorrência da decadência.

Destaca que o art. 156 do CTN em seu inciso V, o crédito tributário é extinto pela ocorrência da decadência, que destaca. Assim, consigna que, ocorrendo o fenômeno da decadência, não há mais que se falar em crédito tributário, visto que nenhum lançamento de ofício ou até mesmo ato inequívoco de confissão de dívida tem o caráter de ressuscitar crédito já extinto.

Após destacar entendimentos do STJ, associado ao enunciado da Súmula nº 622, também, do STJ, diz que resta claro que se a impugnante foi notificada do lançamento apenas no dia 04 de maio de 2022 com a ciência dada pelo seu procurador, então os créditos tributários relacionado aos períodos de janeiro de 2016 a abril de 2017 já tinham sido extintos, motivo pelo qual devem ser expurgados do presente lançamento.

Isso respaldado no destaque que, tendo em vista que realizou da declaração informando ao fisco toda sua receita auferida no período, a regra a ser aplicada para efeitos de identificação da decadência é aquela contida no art. 150, § 4º do CTN, que destaca.

III.3 DO PAGAMENTO ANTECIPADO DE ICMS PARA FARMACIAS E DROGARIAS

Diz que, apesar de não ter sido possível o destrinchamento dos demonstrativos fiscais relacionados a este auto de infração, tendo em vista estar em arquivo PDF o que inviabilizou a consulta detalhadas das mercadorias dispostas nele e verificar se as mercadorias recebidas a título de transferência da matriz ou filial foram consideradas para efeitos de apuração quantitativo do estoque, se o MVA adotado corresponde de fato ao MVA para a mercadoria; verificação do preço médio a ser adotado, convém algumas considerações.

Registra que 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.

Traz o destaque do art. 289 do RICMS, onde estabelece que as mercadorias constantes no Anexo I estão sujeitas a sistemática da Substituição Tributária por antecipação, encerrando a tributação, como diz observar abaixo na figura constante da peça de defesa à fl. 37 dos autos.

Por sua vez, diz que 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, conforme abaixo:

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.

Diz que, por força do art. 294 do RICMS/BA, a impugnante é obrigada a recolher o ICMS antes mesmo de ter praticado o fato gerador.

Após outras considerações, inclusive apresentando o resultado do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte visando a reforma da decisão proferida pela 2ª JF no A. I. Nº 206847.0022/04-3, onde afastou a ocorrência de omissões de saída, justamente por se tratar de mercadorias sujeitas

ao pagamento antecipado do ICMS.

Diz que tal julgamento se aplica exatamente ao caso concreto. Todas as mercadorias da impugnante é sujeita ao ICMS antecipado, o qual é pago integralmente, não havendo que se falar em utilização indevida de crédito fiscal ou valor devido de antecipação parcial, motivo pelo qual se faz necessário o julgamento totalmente improcedente do presente auto de infração.

IV. DOS PEDIDOS

Discorridos os fatos, fundamentados a partir do direito que diz lhe ser favorável, bem assim ante os documentos carreados e alicerçados pela doutrina e entendimentos jurisprudenciais, requer finalmente:

1. Seja o Auto de Infração nº 2813170052/21-8, julgado NULO, por constatação de vício insanável, materializado pela não disponibilização do demonstrativo em arquivo tabela (EXCEL), como determina o § 3º do Art. 8º do RPAF (Decreto nº 7.629/99) o que comprometeu a realização da defesa em sua plenitude;
2. Não sendo decretada a nulidade requerida acima, que o presente AUTO DE INFRAÇÃO seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE, tendo em vista que o ICMS pela IMPUGNANTE é pago de maneira antecipada seja pela sistemática de substituição tributária, seja pela sistemática de antecipação total, conforme dispõe os artigos 289 e 294 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia e precedentes do CONSEF.
3. Na remota hipótese de os pedidos anteriores não serem deferidos, requer que seja DECRETADA A DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO constituído no presente auto de infração relacionados às competências de 01/2016 a 04/2017, por força do art. 150, § 4º, do CTN.
4. Na remota hipótese de improcedência do PEDIDO 1 e 2, que essa Colenda Junta de Julgamento converta o julgamento da presente Notificação Fiscal em diligência, de modo a que determine que a Auditor responsável pela lavratura do presente Auto de Infração disponibilize o demonstrativo em arquivo tipo tabela (Excel) e reabra o prazo para impugnação, visto que não fora possível fazer o confronto com os documentos fiscais da impugnante.
5. Seja ainda determinado o arquivamento do presente Auto de Infração nº 2813170052/21-8, dando-se baixa e arquivando-se o respectivo Processo Administrativo após todas as formalidades legais necessárias
6. Requer, por fim, a produção de todos os meios de prova de direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos e demonstrativos, depoimento pessoal dos agentes autuadores, bem como outras que se façam necessárias para o bom deslinde deste Processo Administrativo.
7. 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.
8. 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;

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 54/55, que a seguir passo a descrever:

Inicialmente diz que a presente informação fiscal é referente exclusivamente ao Auto de Infração nº 2813170052/21-8, composto por três infrações, todas elas relacionadas a considerar **“operação tributada como não tributada”**.

Consigna que a defesa é iniciada trazendo informações acerca da tempestividade da impugnação, o que diz reconhecer. Depois, diz descrever a autuação sofrida e apresentando uma síntese fática da autuação.

Registra, então, que a ação fiscal foi efetuada com uma configuração indevida no sistema de fiscalização, que deixou de considerar esses aspectos da especificidade de tributação pelo ICMS

das atividades de farmácias, o que passou despercebido em face do volume de dados e fiscalizações a serem feitas.

Em face disso, a autuação do presente PAF ficou totalmente prejudicada, pois não cabe o lançamento da forma como a infração é nele tipificada, já que os cálculos nos levantamentos deveriam ter sido efetuados com base nas entradas de mercadorias e não nas saídas delas.

Assim sendo, diz reconhecer o equívoco do feito e sugere que o presente PAF seja encaminhado ao CONSEF para que seja declarado nulo ou improcedente, uma vez que a supervisão já foi alertada sobre o ocorrido e o contribuinte será submetido a nova fiscalização para que seja apurado da forma correta o que é devido.

À fl. 58, verso, tem-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

O Auto de Infração, em tela, lavrado em 30/12/2021, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ VAREJO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 502769/21, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto, por 3(três) imputações, que totalizam o valor de R\$ 810.429,04, em razão de, o Contribuinte Autuado, ter deixado de recolher ICMS dado ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no anos de 2016, através de ECF, NFC-e e NF-e, conforme os demonstrativos acostados às fls. 11 a 21 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 22, com enquadramento no art. 2º, inc. 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.

Preliminarmente, o sujeito passivo argui nulidade do Auto de Infração, em tela, pelo pagamento do imposto (ICMS) de suas operações de forma antecipada, dado a forma de tributação do seu segmento no Estado da Bahia; sem prejuízo de se observar outras considerações de defesa, seja de decadência de constituição de alguns dos créditos lançados à luz do disposto no § 4º, do art. 150, do CTN; seja de improcedência da autuação, propriamente dito, pelo pagamento do imposto relativo aos créditos constituídos, ou, mesmo, seja, sob o manto da outra arguição de nulidade, que diz respeito a forma de elaboração dos demonstrativos que fundamentam a autuação, que estaria em desacordo com o que dispõe o art. 28, § 4º, II; art. 39, IV e art. 41, II, todos do RPAF/BA.

Sobre a arguição de nulidade, em relação ao aspecto do pagamento do imposto (ICMS) de suas operações de forma antecipada, dado a forma de tributação do seu segmento no Estado da Bahia, conforme dispõe os artigos 289 e 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, vejo restar razão, como bem reconhece o agente Autuante, em sede de Informação Fiscal.

De fato, os varejistas farmacêuticos, como bem destacou o defendente, 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/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, **estabelece que as mercadorias – medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano, higiene pessoal e produtos de perfumaria, de higiene pessoal e cosméticos** - constantes no Anexo I, **estão sujeitas a sistemática da Substituição Tributária por antecipação**, encerrando a tributação na entrada do estabelecimento do Contribuinte. Segue a redação abaixo:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento. (Grifos acrescidos)

Por sua vez, o art. 294 do mesmo diploma legal, 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,

conforme abaixo:

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.** (Grifos acrescidos)*

Neste limiar, o agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, diz que a ação fiscal foi efetuada com uma configuração indevida no sistema de fiscalização, que deixou de considerar esses aspectos da especificidade de tributação pelo ICMS das atividades de farmácias, mais especificamente as disposições dos artigos 289 e 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, nos termos acima destacado.

Assim, vejo que não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo. Logo, nos termos do art. 18, I, “a”, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, manifesto, então, pela nulidade do lançamento de ofício, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Não obstante tal entendimento expressado, colocado em discussão está preliminar, na sessão de julgamento, aos demais membros da 4ª JJF, este Relator Julgador foi voto vencido.

Tendo sido vencido em relação a nulidade do lançamento, com fulcro no artigo 154, parágrafo único do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, combinado com o artigo 155 do mesmo diploma legal, adentro ao exame do mérito, cujo o argumento da decadência ultrapasso, ante a flagrante improcedência do Auto de Infração.

Vez que, os varejistas farmacêuticos, que é o caso do Contribuinte Autuado, como anteriormente destacado, 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, sendo o imposto pago na entrada das mercadorias em seus estabelecimentos, dado a forma de tributação desse segmento no Estado da Bahia, conforme dispõe os artigos 289 e 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281317.0052/21-8, lavrado contra VENTIN & VENTIN.

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 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA