

PROCESSO - A. I. Nº 281317.0051/21-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VENTIN & VENTIN LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0222-02/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0232-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE EM EXERCÍCIO FECHADO. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS EM VALOR SUPERIOR AO DAS ENTRADAS EFETIVA OMITIDAS; **b)** OMISSÃO DE ENTRADA. Erro do procedimento fiscal. Atividade de comércio varejista de farmácia. Previsão regulamentar de promover o pagamento do imposto por antecipação nas aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária. Vício insanável na forma indicada no § 1º, do art. 18 do RPAF. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF, em conformidade com o art. 169, I, “a” do RPAF/BA, face a desoneração total do ICMS exigido no Auto de Infração lavrado em 30/12/2021, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 004.005.002: Falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetiva omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2017) - R\$ 78.310,46. Multa 100%.

Infração 02 - 004.005.005. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2016) - R\$ 36.322,42. Multa 100%.

Na decisão proferida (fls. 52 a 57) inicialmente foi apreciado a preliminar de nulidade por cerceamento do direito ao contraditório e ampla defesa, em face de não lhe ter sido entregue os arquivos suportes da exação em formato Excel, que foi rejeitada sob o fundamento de que os demonstrativos sintéticos e analíticos identificam notas fiscais e dados extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD do autuado.

Contextualizou que em caso semelhante a PGE/PROFIS exarou Parecer no Processo PGE 2022005159-0, manifestando entendimento de que o fornecimento dos demonstrativos suportes do Auto de Infração em mídia PDF atende o devido processo e não implica em cerceamento ao contraditório, nem impede a ampla defesa do sujeito passivo, cujo teor reproduziu às fls. 54 a 56.

Em seguida apreciou que:

Sem embargo, ainda que superada a pretensão de nulidade arguida, não adentrarei ao mérito no sentido de se das operações ocorridas no período compreendido pela fiscalização da qual resultou o Auto de Infração em apreço, há ou não obrigação tributária não cumprida e passível de conversão em crédito tributário, em face do error in procedendo, ou erro de procedimento, vício de atividade, de natureza formal, que invalida o ato administrativo que constituiu o crédito fiscal em apreço, pois relacionado ao modo de constituição da obrigação tributária, ou seja, diz respeito ao procedimento de formalização do lançamento, como observado pela

autoridade fiscal autuante na Informação Fiscal e relativo à inadequação do procedimento fiscal que constituiu o crédito carreado no Auto de Infração, ora em revisão por esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo em vista a especificidade legal para cumprimento das obrigações tributárias da atividade empresarial do sujeito passivo, no caso, a antecipação tributária relativa às suas operações de venda das mercadorias, que deve ter base nas operações de entradas e não de saídas no estabelecimento fiscalizado, conforme estatuida nos artigos 289 e 294 do RICMS-BA.

É que, em casos tais, para efeito homologatório do recolhimento do imposto devido, inclusive do quantum devido, cujos prévios procedimentos relativos à apuração a legislação entrega ao contribuinte, cabe à Fiscalização verificar e apurar se na entrada das referidas mercadorias o imposto foi pago por substituição tributária ou antecipação tributária, a partir, repito, dos documentos fiscais de entrada no estabelecimento, descabendo a exigência do imposto computando as operações de saídas.

Assim, considerando prejudicados os demais pedidos e observando não ser possível sanear o constado vício dentro deste PAF na forma orientada pelo art. 18, § 1º do RPAF, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, ao tempo que recomendo à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal para, se for o caso, repetir o Auto de Infração a salvo de falhas.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/BA.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de duas infrações apuradas mediante omissões apuradas em levantamento quantitativo de estoques, sendo a primeira de omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais (2017) e a segunda relativo a omissão de entrada (2016), com exigência do ICMS com base em presunção legal de que ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/1996).

O lançamento foi declarado nulo, em decorrência de erro de procedimento, tendo em vista que o estabelecimento autuado exerce atividade de comercialização de produtos farmacêuticos, cujo ICMS é pago por antecipação, não sendo cabível a exigência do imposto nas omissões apuradas.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que o demonstrativo analítico gravado na mídia de fl. 12 relaciona diversas mercadorias submetidas a tributação normal, a exemplo de:

INFRAÇÃO 1 (Omissão de saída): DERMACYD FEMINA SAB; DERSANI BABY 50ML; SAB SOAPEX; SAB SOAPEX CREMOSO; SUSTAGEN BAUNILHA; SUSTAGEN CHOC; SUSTAGEN MORANGO; PINÇA MERHEJE; REPELENTE; ANTI-MOSQUITO; APIROMA SPRAY; MEL PROPOLISE, entre outros

INFRAÇÃO 2 (Omissão de entrada): CHÁ CAMOMILA; RELAX SALON LINE; NATUBOLIC 90; HALLS DROPS; GEL FIXADOR; KANECHOMN; NUTREN ACTIVE 40, entre outros.

Na defesa apresentada o estabelecimento autuado juntou cópia do contrato social (fls. 31/33) registrado na Junta Comercial do Estado da Bahia, que indica exercer atividade principal com o CNAE 4771-7/01 – Comércio varejista de produtos farmacêuticos e CNAE 4772-5/00 – Comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal.

Conforme admitido pelo autuante na informação fiscal, o art. 294 do RICMS/BA estabelece:

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: (grifo 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.

Pelo exposto, o estabelecimento autuado exerce atividade de farmácias, drogarias e por força da legislação do ICMS deve promover o recolhimento do imposto por antecipação nas aquisições de

produtos não alcançados pela substituição tributária.

Consequentemente não é cabível a exigência do ICMS em decorrência de roteiro de auditoria de estoque que apurou omissão de saída (infração 1), visto que tendo a obrigação de pagar o ICMS com base na entrada das mercadorias, verificada omissão de saídas das mercadorias não sujeitas a tributação (fase encerrada) deve ser aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/1996 (art. 5º, II da Portaria nº 445/1998).

Da mesma forma, no caso de apuração de omissão de entrada de mercadorias (infração 2), para o estabelecimento que deve fazer o recolhimento do ICMS por antecipação relativo a aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária (farmácia), poderia ser exigido o ICMS devido por responsabilidade solidária e o imposto devido por antecipação tributária (art. 10 da Portaria nº 445/1998).

Considero correto o fundamento da decisão recorrida quanto a impossibilidade de sanear o erro de procedimento do lançamento, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA e declarar NULO o Auto de Infração, recomendando à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal para, a salvo de falhas, observado o prazo decadencial.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do 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 apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 281317.0051/21-1, lavrado contra **VENTIN & VENTIN LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal para, se for o caso, repetir o Auto de Infração a salvo de falhas, observado o prazo decadencial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS