

PROCESSO	- A. I. N° 299130.0004/18-6
RECORRENTE	- LUCIMASTER DISTRIB. DE MEDICAM. E PROD. MÉDICO HOSPITALAR EIRELI
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0137-04/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0252-12/24-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Considerações recursais não infirmam o lançamento. O sujeito passivo aduz que parte das operações objeto dos demonstrativos do Auto de Infração encontram-se sob regime de Substituição Tributária (ST), com fase de tributação encerrada, ou são isentas do imposto (Convênio ICMS 01/1999 e Convênio ICMS 87/2002). A planilha acostada com o Recurso Voluntário é genérica e inespecífica, assim como os argumentos de Defesa. Nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Rejeitadas as preliminares. Vencido o relator em relação ao pedido de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe. Esse foi lavrado em 21/09/2018 e notificado ao Sujeito Passivo em 27/09/2018 (fl. 03), para exigir ICMS no montante de R\$ 545.781,26, além de multa (60% sobre o valor lançado) e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de uma só infração, para os exercícios de 2015, 2016 e 2017.

A acusação foi enunciada da seguinte maneira:

Infração 01 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Conforme demonstrativo de cálculo resumido por meses e por itens em anexo [...] Enquadramento legal: Art. 2º, inciso I; e art. 32 da Lei 7.014/96 C/C art. 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96. [...] Total do débito (valor histórico): R\$ 545.781,26.

Consta **Defesa** às fls. 105 e 106, em que o Autuado referiu-se genericamente que os demonstrativos contemplam produtos “que estão na ST, produtos Isentos Convênio ICMS 01/1999 e Isentos Convênio 87/2002 conforme planilha ‘débito a menor por item 2015 a 2017’ anexa”.

Após **Informação Fiscal** (fls. 117 a 118), em que se manteve a autuação por constatar que nenhuma planilha foi acostada com a Defesa, foi redigida diligência em 30/06/2019 (fl. 121) para intimação do Autuado a apresentar sua planilha, e do Autuante para tecer considerações; evidenciado o decurso *in albis* (fls. 133 a 137), o Autuado apresentou “chamamento do processo à ordem” (fls. 139 a 145), em que requer dentre outras a intimação concomitante do advogado subscritor; a 4ª JJF exarou novo termo de conversão do feito em Diligência (fl. 157), reiterativo do anterior; o decurso *in albis* foi certificado à fl. 165, e exarado o Termo de Instrução (fl. 167).

Em 14/07/2021 (fls. 170 a 175) a 4ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Incialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais, no que preceitua o RPAF/99, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo, apurados consoantes os

levantamentos/demonstrativos acostados às fls. 19-98 dos autos, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, motivo pelo qual, a lide está apta ao seu deslinde.

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 21/09/2018, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFRAZ ATACADO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O. S.: 503568/18, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), por ter o autuado deixado de recolher, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de julho a dezembro de 2015, fevereiro a dezembro de 2016, janeiro, fevereiro, maio, junho, agosto a outubro e dezembro de 2017, na forma dos demonstrativos acostados às fls. 19 a 98 do presente PAF. Lançado ICMS no valor de R\$ 545.781,26, 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 “f” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo aduz, em análise da apuração do referido Auto de Infração, ter verificado que na planilha “Débito a Menor por item 2015, 2016 e 2017”, constam produtos que realmente são tributados, mas também constam produtos que estão na Substituição Tributária (ST), produtos isentos do imposto abarcados pelo Convênio ICMS 01/1999 e o Convênio ICMS 87/2002, conforme planilha “debito a menor por item 2015 à 2017”, que diz anexar.

Por sua vez, o agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, registra que embora tenha usado quase totalmente o prazo da defesa de 60 dias, o Autuado apresentou uma defesa que não contém os elementos suficientes para se determinar ou identificar a validade de suas afirmações, onde faz uma afirmação genérica e inespecífica, e diz que no demonstrativo anexado aos autos, não adicionou nenhuma planilha, além de não especificar nenhum caso que possa ensejar a redução, ou muito menos a exclusão da infração identificada.

Após destacar os termos do art. 123, § 5º do RPAF/BA, diz que o sujeito passivo não apresentou provas de suas alegações, logo, dúvida não resta de que as mesmas não são verdadeiras. Pontua que o Auto de Infração está corretamente instruído, a infração está corretamente enquadrada e descrita.

Neste contexto, em respeito ao princípio da ampla defesa e da verdade material, em pauta suplementar do dia 30/06/2019, a 4ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que adotasse as seguintes providências:

Item 1: 1ª Providência: intimar ao defendente, concedendo prazo de 10(dez) dias, para apresentar a planilha que diz constar os produtos que estão na ST, os produtos isentos do Conv. ICMS 01/99, e os produtos isentos do Conv. ICMS 87/02, em que estariam integrando o demonstrativo de débito da autuação de fls. 19/98, que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 99, destacando, inclusive, os valores reconhecidos da autuação.

Item 2: 2ª Providência: o defendente, ao apresentar a planilha requerida no “item 1”, produzir nova Informação Fiscal de forma clara e precisa, na forma do § 6º, do art. 127, do RPAF/BA, apresentando novo demonstrativo de débito, conforme seja o caso.

À fl. 133, vê-se Termo de Intimação, através da rotina de Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), notificando o Contribuinte Autuado, a LUCIMASTER DISTR DE MEDIC E PROD MEDICO HOSPITALAR EIRELI, com data de postagem em 23/08/2019, e ciência em 10/09/2019, para apresentar a planilha que diz constar os os produtos que estão na ST, onde, em sede de defesa, reconhece em parte a autuação.

Todavia, têm-se que o autuado não atendeu ao pedido, em que pese a expedição do Termo de Intimação de fl. 133, com ciência em 10/09/2019. Neste contexto, a INFRAZ de origem retornou o presente PAF para julgamento.

Entretanto, às fls. 139/145, observa-se um novo documento acostado aos autos pelo Contribuinte Autuado, sob a denominação de “Chamamento do Processo a Ordem”, conforme os seguintes termos:

“requer que todas as intimações/publicações e reintimações na Imprensa Oficial ou por qualquer outro meio sejam feitas EXCLUSIVAMENTE e/ou concomitantemente em nome de Dr. Fabrício Simões, OAB/BA 28134 e à contribuinte impugnante, no endereço na Av Antônio Carlos Magalhães, 2487, Sala 912, Brotas, Salvador, Bahia, Brasil e no endereço da Contribuinte já cadastrado no sistema interno da SEFAZ”.

Neste contexto, em respeito novamente ao princípio da ampla defesa e da verdade material, em pauta suplementar do dia 31/01/2020, a 4ª JJF decidiu converter novamente o presente processo em diligência ao Fiscal ao Autuante, para que fosse adotadas as seguintes providências:

Item 1: 1ª Providência: intimar ao defendente, observando os termos do documento de fls. 139/145 dos autos, concedendo prazo de 10(dez) dias, para apresentar a planilha que diz constar os produtos que estão na ST, os produtos isentos do Conv. ICMS 01/99, e os produtos isentos do Conv. ICMS 87/02, em que estariam integrando o demonstrativo de débito da autuação de fls. 19/98, que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 99, destacando inclusive os valores reconhecidos da autuação.

Item 2: 2ª Providência: o defendente, ao apresentar a planilha requerida no “item 1”, produzir nova Informação Fiscal de forma clara e precisa, na forma do § 6º, do art. 127 do RPAF/BA, apresentando novo demonstrativo de débito, conforme seja o caso.

À fl. 160, consta Intimação Fiscal ao Contribuinte Autuado, por AR/Correios SEDEX, nos termos do pedido da 4^a JJF, de 31/01/2020, para apresentar a planilha que diz constar os produtos que estão na ST, os produtos isentos do Conv. ICMS 01/99, e os produtos isentos do Conv. ICMS 87/02, que estariam integrando o demonstrativo de débito da autuação de fls. 19-98, destacando, inclusive, os valores reconhecidos da autuação.

Às fls. 161 e 162, também consta a mesma Intimação Fiscal, por AR/Correios SEDEX, ao Autuado, associado agora por Mensagem DT-e, com data de emissão em 18/02/2021, 18:17 h, e ciência em 24/02/2021, 00:01 h, que se manteve silente.

À fl. 165, consta despacho do Agente Fiscal Autuante, informando, conforme comprovam os documentos de fls. 159 a 163, que o Contribuinte Autuado foi intimado por AR e via DTE, para apresentar as planilhas onde supostamente constam os produtos que estariam na ST e isentos, e, mais uma vez, não apresentou nenhuma planilha, que comprova a suas alegações.

Há de ressaltar, que nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar a atuação, vejo restar lícito o Auto de Infração nº 299130.0004/18-6, em tela, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação.

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

Intimado em 20/10/2021 no endereço cadastral do Sujeito Passivo (fl. 183) e em 28/10/2021 no endereço do seu patrono (fl. 185), foi lavrado termo de perempção à fl. 186.

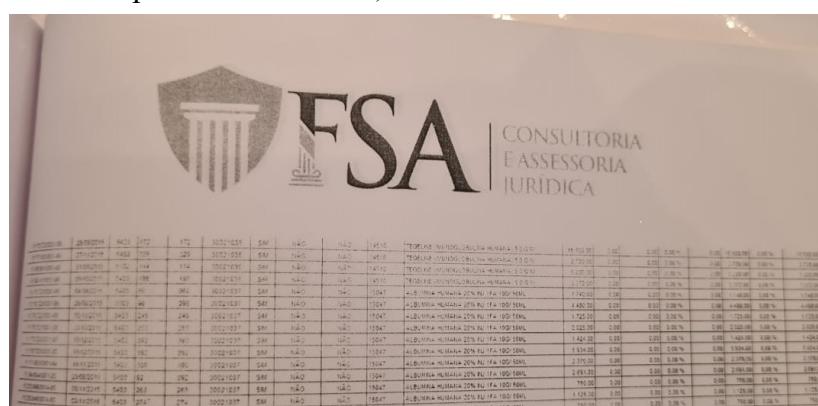
Apresentou o Interessado “Arguição de Nulidade” (fls. 187 e 188), declarando que não recebeu nenhuma intimação sobre o julgamento.

Em 04/02/2022, a Coordenação Administrativa do CONSEF exarou parecer (fls. 207 e 207-v.), constatando erro do endereço da postagem (nº 2498, em lugar de 2487, e sem indicação do número de porta da sala, nº 912), “*não sendo possível atestar, com segurança, se efetivamente a mesma foi recebida pelo advogado do autuado no prazo consignado*”. Em despacho de 14/02/2022, anuiu a Presidência com a renovação da intimação, reconsiderando o termo de perempção.

Após nova intimação, certificada à fl. 212, vieram aos autos Recurso Voluntário de fls. 214 a 235, acompanhado de planilhas (no bojo da petição de interposição do recurso, fls. 224 a 226; 227 a 228, em teor ilegível); cópias de instrumentos de comunicação (fls. 236 a 244); planilha de fls. 245 a 306; e mídia de fl. 307.

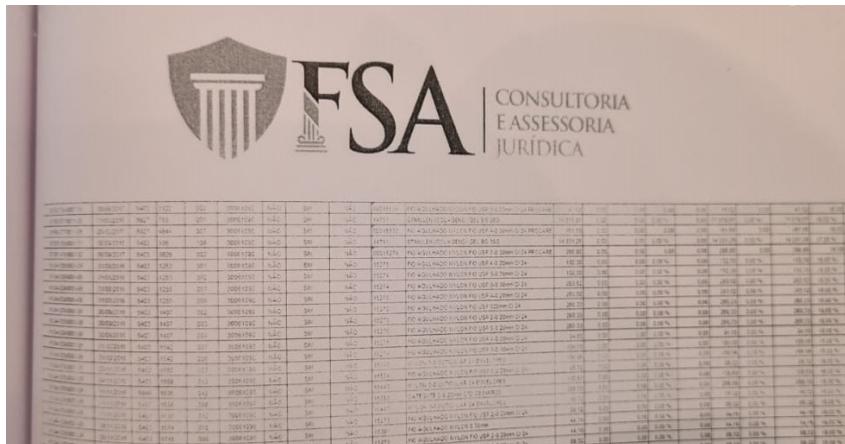
A síntese das razões do Recurso Voluntário, pedindo a reforma do Acórdão, é o que segue:

- a) que em sede Defesa a Recorrente teria apurado que, dentre os valores (históricos) lançados na autuação, R\$ 150.347,25 estariam “acobertados pela ST”; R\$ 220.086,38 estariam “guarnecidos pelo CONVÊNIO 01/1999”; e que R\$ 136,80 estariam “lastreados no CONV. 87/2002”, tendo assim reconhecido em um primeiro momento a procedência do lançamento fiscal no montante de R\$ 175.210,83;
 - b) que na defesa objetiva elaborada pelo contador, “*parte considerável diz respeito a produtos que estão inseridos na SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA*”, e transcreve planilha ilegível (ver, abaixo, apenas um trecho exemplificativo, à fl. 225):

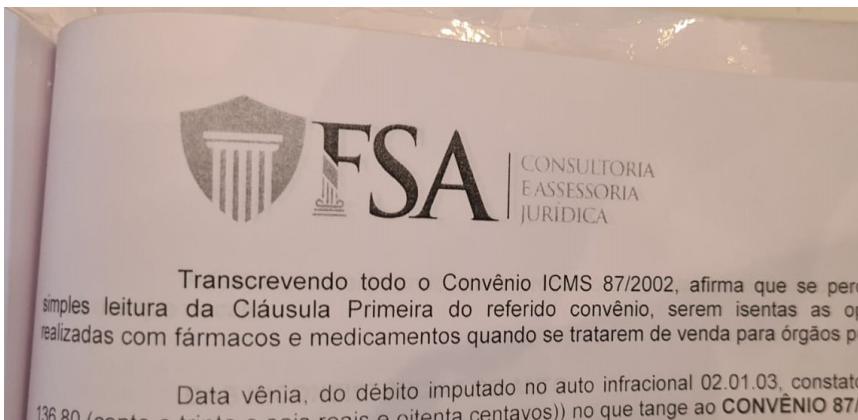


- c) que na defesa objetiva elaborada pelo contador, “*parte considerável diz respeito a produtos que estão inseridos no convênio 01/1999*”, e transcreve nova planilha ilegível (ver, abaixo).

apenas um trecho exemplificativo, à fl. 227):



d) que o mesmo se deu com o Convênio ICMS 87/2002 (novamente, uma transcrição ilegível):



- e) que enviou por e-mail a planilha ao Auditor Fiscal autuante (jtadeu@sefaz.ba.gov.br) e ao órgão julgador (recursosconserf@sefaz.ba.gov.br) antes do julgamento, em 24/03/2021;
 - f) que “*a exigibilidade do tributo até 02/2017 encontra-se decaída*”, já que “*não há interrupção do prazo decadencial, de modo que como não há constituição do débito, o que foi incidido até 02/2017 encontra-se decaído*”;
 - g) que a acusação em discussão não está posta de maneira clara, nem devidamente demonstrada de forma analítica, e que “*as planilhas elaboradas foram entregues ao autuado sem razão de ser, inclusive, sendo desconsideradas as informações e planilhas, bem como as provas do autuado*”, e que “*o regime de substituição tributária não deve ser aplicado à [Sic] operações que destinem mercadorias a estabelecimento industrial*”, e transcreve excertos da legislação;
 - h) que a multa aplicada, no patamar de 60% do valor lançado, detém caráter confiscatório, e transcreve excertos da Constituição Federal e de julgados do STF, e postula sua redução para 20%;
 - i) que os juros de mora calculados pela Taxa SELIC são incompatíveis com os valores pagos pelo Estado (atualizados pelo índice de variação da poupança), e devem ser recalculados, citando precedentes do STJ e do STF;
 - j) que a exigibilidade do crédito tributário se encontra suspensa, citando excerto do CTN julgados do STJ, retratando-se do reconhecimento da procedência parcial do Auto de Infração (no montante de R\$ 175.210,83), por entender encontrar-se decaído.

Requereu ainda, a título “preambular” (e também em excerto conclusivo), que “*todas as intimações/publicações e reintimações na Imprensa Oficial ou por qualquer outro meio sejam feitas EXCLUSIVAMENTE em nome do Bel. Francisco Simões, OAB/BA 28.134*”, no endereço que indica, “*sob pena de nulidade*”.

Recebidos os autos, estes foram a mim endereçados em 21/03/2022. Considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Após deliberações, na sessão de 04/04/2022, esta 2ª CJF decidiu converter o feito em diligência para que:

a) a Inspeção de origem (INFAZ ATACADO) intimasse a Recorrente para, em 30 (trinta) dias, a partir das planilhas apresentadas com o Recurso Voluntário, apontasse, para além das colunas já inseridas, qual item do Anexo I ao RICMS-BA/12; ou do Anexo do Convênio ICMS 01/99; ou do Anexo do Convênio ICMS 87/02 cada mercadoria, em cada operação, estaria associada, para que não se fizesse incidir por ocasião das operações o ICMS cobrado neste Auto de Infração; **b)** apresentasse descrição técnica concisa e persuasiva acerca do enquadramento de cada mercadoria relacionada com o objeto do lançamento a tal ou qual hipótese, a fim de justificar a alegada não-incidência de ICMS (seja por se encontrar com fase de tributação encerrada, no caso da substituição tributária; seja por estar sujeito a enunciado normativo de isenção); **c)** findo o prazo, que o Autuante elaborasse nova Informação Fiscal com considerações sobre as alegações analiticamente apresentadas pela Recorrente, opinando favoravelmente (ou não) em relação a cada item, de modo fundamentado, sobre a eventual incursão em regime de substituição tributária ou isenção - em sendo o caso efetuasse os ajustes nos levantamentos e no montante lançado.

A diligência (encartada nos fólios às fls. 314 a 393) culminou com o relatório de fls. 322 a 334, em que o Autuante acata parcialmente as alegações do Recorrente, rejeitando as exclusões das operações com “bomba seringa”, dreno de tórax”, “fio agulhado nylon”, “fio retrator”, “categute gute”, “kit para drenagem do tórax”, “sonda folley”, “sonda de nutrição enteral”, “testes para chikungunya e zika-vírus”, “bola de algodão”, “anti-D duacclone”, “clamp umbilical”, “controle anti-D monoclonal”, “testes para sífilis e wama”, “luva descartável de vinil”, “envelopes de nylon” - de forma analítica e exaustiva, com imagens e razões para a rejeição da pretensão recursal para cada item. Também promoveu a exclusão de operações com mercadorias citadas em uma planilha (fls. 341 e 342 - imagem abaixo), implicando redução do crédito tributário lançado em R\$ 52.442,65 - de R\$ 545.781,26 para R\$ 493.338,61:

Descrição	Informação Técnica/Classe
AGUA PARA INJECAO 100ML CX C/80 FRESENIUS	Medicamento-Diluente
AGUA PARA INJECAO 500ML CX C/30 HALEX ISTA	Medicamento-Diluente
ALBUMINA 22% 1X10ML LORNE/KOVALENT	Produto para Saúde-hemoterapico
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
ALBUMINA HUMANA 20% INJ 1FA 10G/ 50ML	Medicamento-Substituto de plasma
BIPERIDENO (PROPARK) 2MG CX 75 COMP UNIA	Medicamento com ação anticonvulsivante e analgésica
CARBAMAZEPINA 200MG 200COMP (C1) UNIAO	Medicamento (c1 ação anticonvulsivante e analgésica)
CARBAMAZEPINA 20MG/ML SUS FR 100ML (C1)	Medicamento Controlado (Portaria 344)- Anticonvulsivante
CARBAMAZEPINA 20MG/ML SUS FR 100ML (C1)	Medicamento Controlado (Portaria 344)- Anticonvulsivante
CARBAMAZEPINA 20MG/ML SUS FR 100ML (C1)	Medicamento Controlado (Portaria 344)- Anticonvulsivante
CARBAMAZEPINA/ UNI CARBAMAZ 2% SUS ORAL	Medicamento Controlado (Portaria 344)- Anticonvulsivante
CLORETO DE SODIO 0,9% 100ML CX 80 FARM	Medicamento-Reidratação hidroeletrótilica P
CLORETO DE SODIO 0,9% 200 AMP X 10ML ISOF	Medicamento-Reidratação hidroeletrótilica P
CLORETO DE SODIO 0,9% 200 AMP X 10ML ISOF	Medicamento-Reidratação hidroeletrótilica P
CLORETO DE SODIO 0,9% 250ML CX 50/HALEX	Medicamento-Reidratação hidroeletrótilica P
CLORETO DE SODIO 0,9% 500ML CX 30/FARMA	Medicamento-Reidratação hidroeletrótilica P
CLORETO DE SODIO 0,9% 500ML CX 3/30 FARMA	Medicamento-Reidratação hidroeletrótilica P
COLAGENASE+CLORANFENICOL/IRUXOL 0,6U+C	Medicamento com ação cicatrizante
DIAZEPAM/SANTIAZEPAM 5MG CX 1.000 COMP (1	Medicamento Controlado (Portaria 344)- Ansiolítico
GLICOSE 10% 500ML SF ISENTO PVC CX/C 30 FF	Medicamento-Nutriente Parenteral
GLICOSE 10%250ML SF ISENTO PVC CX/C 48 FR	Medicamento-Nutriente Parenteral
GLICOSE 10%250ML SF ISENTO PVC CX/C 48 FR	Medicamento-Nutriente Parenteral
GLICOSE 10%250ML SF ISENTO PVC CX/C 48 FR	Medicamento-Nutriente Parenteral
GLICOSE 25% 10ML CX 200 AMP ISOFARMA	Medicamento-Nutriente Parenteral
GLICOSE 5% 250 ML CX/ C 48 FRESENIUS	Medicamento-Nutriente Parenteral
GLICOSE 50% 10ML CX 200 AMP ISOFARMA	Medicamento-Nutriente Parenteral
HALOPERIDOL (UNI HALOPER) 5MG CX 200 COM	Medicamento Controlado (Portaria 344)- Antipsicótico
HALOPERIDOL (UNI HALOPER) 5MG CX 200 COM	Medicamento Controlado (Portaria 344)- Antipsicótico
HALOPERIDOL (UNI HALOPER) 5MG CX 200 COM	Medicamento Controlado (Portaria 344)- Antipsicótico
SOLUCAO DE SULFATO DE MAGNESIO 50% 200	Medicamento-Eletrolito simples
SOLUCAO RINGER COM LACTATO 500ML S/F CX	Medicamento-Eletrolito simples
SONDA DE FREKE BUTTON CH 15 CM FRESENI	Produto para saúde Utilizada para procedimento
SORO ANTI-D DUOCLOONE(IgG/IgM BLEND) 1x10ML	Produto para Saúde-hemoterapico
STIMULIFIN (COLAGENO) GEL BG 30G	Produto para Saúde Curativo

Em sessão de pauta suplementar (23/05/2023, fl. 405), esta 2ª CJF determinou nova intimação da Recorrente para que se manifestasse, querendo, sobre o relatório de diligência do Autuante e seus demonstrativos, sendo certo que em 14/06/2023 (fl. 395) foi juntada manifestação do Recorrente

(mídia à fl. 400), em que reconhece a infração no importe de R\$ 175.210,83, mas insiste nas exclusões (sem novos argumentos) assentando que: “*Sabemos que a tributação é complexa no Brasil. Mas neste caso, observando os os itens e a operação desenvolvida pela Empresa resta claro que se enquadra perfeitamente nos itens descritos nos convênio e no anexo 88. As abreviações podem gerar alguma circunstância de pequena imprecisão, mas, assiste razão a contribuinte. Tanto assiste razão que o Autuante já reconheceu alguns equívocos. É possível que sendo os valores do Anexo 88 e dos Convênios altos, tenha ele, fiscal, infelizmente, entrustecido com o fato de não ter sido tão preciso no Auto de Infração*”.

Na sequência, após juntada de comprovantes de intimação via DTe, os autos me foram remetidos e solicitei inclusão em pauta, razão pela qual os trouxe a essa assentada.

O conselheiro João Vicente da Costa Neto declarou impedimento sendo substituído pelo conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo.

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). De fato, é razoável crer que em um contexto da Pandemia do COVID-19 as comunicações falharam (como argumentou a Recorrente), de modo que me parece ter sido corretamente atendido o pleito de reabertura do prazo recursal, tempestivamente cumprido.

Aproveito o ensejo para ratificar que, nos termos do art. 151, inciso II do CTN as “reclamações e recursos” interpostos de acordo com as normas reguladoras do PAF têm o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Portanto, esse efeito não depende de requerimento do Interessado, de modo que o termo de perempção (revisto por ato da Presidência, portanto sem efeito) decorreu da aparente inércia do Sujeito Passivo em oferecer recurso.

Ademais, do exame da matéria em questão e compulsando mais detidamente a planilha apresentada após dar por instruído o feito, notei que as informações prestadas são inconclusivas, por incompletas.

Com base no princípio da busca pela verdade material (art. 2º do Regimento Interno deste CONSEF, aprovado por meio do Decreto nº 7.592, de 04/06/1999), propus que a Recorrente fosse intimada para esclarecer (a) em quais itens (a1) ou do Anexo I do RICMS-BA/12, ou (a2) do Anexo ao Convênio ICMS 87, de 28/06/2002, ou (a3) do Convênio ICMS 01, de 02/03/1999 cada uma de suas mercadorias, constantes na planilha, estariam enquadradas; e (b) apresentar breve (porém verossímil) descrição técnicas dessas mercadorias, a fim de viabilizar o exame por este Conselho da verossimilhança nas alegações de incursão nas hipóteses legais de não incidência e/ou isenção aduzidas.

Considero que a diligência foi plenamente exitosa, de modo que as razões lançadas pelo Fiscalização e pela Recorrente encontram-se satisfatoriamente encartadas nos autos, e devem ser, por brevidade, havidas como que transcritas neste voto.

A arguição de decadência não se sustenta. A ocorrência mais antiga se reporta a julho/2015, sendo que a notificação do Auto de Infração ocorreu válida e regularmente, de forma inequívoca e incontestável, em 27/09/2018.

A Recorrente parece incorrer em erro de Direito, quando pretende que a decadência siga seu curso até a “constituição definitiva” do crédito tributário (ou seja, quando não mais caiba recurso na esfera administrativa - art. 174, caput do CTN).

Contudo, o marco temporal *ad quem* da decadência é a notificação do lançamento tributário (*in casu*, a notificação do Auto de Infração), consoante Súmula nº 12 do CONSEF, e entendimentos da mais abalizada doutrina:

“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração.”

...

“O STF já decidiu que a decadência somente é possível em período anterior ao lançamento ou à lavratura do auto de infração, porque já consumado o lançamento (RE n.º 91.019, n.º 91.812 e n.º 90.926, Rel. Min. Moreira Alves, Revista Trimestral de Jurisprudência, n.º 94). O antigo Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula n.º 153, assim vazada: ‘Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos’. No mesmo sentido a jurisprudência contemporânea:

‘Tributário. Embargos à execução fiscal. Decadência. Prescrição (termo inicial. Constituição definitiva do crédito tributário. Recurso administrativo pendente de julgamento). Súmula 153, do Tribunal Federal de Recursos. Artigos 142, 173 e 174, do Código Tributário Nacional. Honorários advocatícios. Redução. Impossibilidade. Súmula 07 do STJ. (...) 5. Nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo quaisquer causas de suspensão da exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário (artigos 145 e 174, ambos do CTN). (...) 7. No caso sub judice, o auto de infração foi lavrado em 23.05.1986, referente a fatos geradores ocorridos nos anos de 1983, 1984 e 1985. Com a lavratura do auto, concretizou-se o lançamento do crédito tributário, conforme art. 142, do Código Tributário Nacional, não se consumando a decadência tributária, porquanto a autuação do contribuinte foi efetivada antes do término do prazo de cinco anos. (...) 12. Recurso especial desprovido. (...)’’’ (REsp n.º 1107339/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 01.06.2010, DJe 23.06.2010). (BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018 p. 1210)

...

Nunca é demais recordar: decadência (para fins do art. 156, inciso V do CTN) é a extinção do crédito tributário em razão do decurso do prazo para a sua constituição (especificação) por meio do ato-procedimento do lançamento tributário.

Ora, uma vez que se aperfeiçoa e se estabiliza o lançamento com a sua notificação válida e regular (art. 145, parágrafo único, do CTN), não há que se falar mais em caducidade: o direito de constituir o crédito já foi exercido (com a notificação do lançamento).

Arguição, portanto, rejeitada.

De igual modo, rejeito a objeção acerca dos demonstrativos do Auto de Infração. A acusação, aliás, é muito clara e cristalina: a partir do exame da EFD (Escrituração Fiscal Digital) elaborada e publicizada pela ora Recorrente, o Autuante constatou que certas operações havidas como não tributáveis pela Recorrente, com mercadorias analiticamente indicadas nos demonstrativos, são na verdade tributáveis.

Leio, por exemplo, à fl. 20, primeira linha, uma operação ocorrida em 30/07/2015 com “Lactulose”, NCM 2106.90.30 (complementos alimentares), CFOP 5403 (venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte-substituto). Consulto o Anexo I do RICMS-BA/12 vigente em 2015, e não encontro qualquer indicação de que esta mercadoria “lactulose” estivesse enquadrada em regime de substituição tributária.

Outro exemplo. À fl. 30, primeira linha, vejo uma operação ocorrida em 1/11/2016 com “Fita adesiva hospitalar”, NCM 4811.41.10 (papel cartão auto-adesivo), CFOP 5949 (outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado). Consulto ambos os Convênios ICMS (o 01/99 e o 87/02), e não encontro nada semelhante.

Mais um exemplo. À fl. 70, primeira linha, vejo uma operação ocorrida em 25/08/2017 com “Biperideno (Propak) 2mg cx 75”, NCM 3304.90.69 (medicamentos que não contenham penicilina, antibióticos, hormônios, alcalóides, vitaminas, antimaláricos, e derivados), CFOP 6108 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada a não contribuinte). Na consulta ao Convênio ICMS 87/02, item 16 (redação vigente desde 01/09/2010) **constato que este item está ali indicado como isento.**

Ora, de três operações (entre milhares), encontro aleatoriamente uma cuja alegação do Sujeito Passivo é plausível. Isto evidencia que há nos autos elementos para compreensão e defesa da acusação, cabendo ao Sujeito Passivo (o comerciante dessas mercadorias) fazer prova robusta da sua alegação.

Considero, todavia, plausíveis as exclusões empreendidas pela Fiscalização, depois de exauriente diligência fiscal, sob o crivo do contraditório, e acompanho a conclusão do Autuante/Diligente, no sentido de **reduzir o lançamento em R\$ 52.442,65 - de R\$ 545.781,26 para R\$ 493.338,61**.

Sobre a alegação de não incidência de substituição tributária em operações cujo destinatário é estabelecimento industrial, com a devida vênia, não se vê fundamento. Mais uma vez, a alegação genérica e sem esclarecimentos precisos sobre quais operações teriam por destinatário estabelecimento industrial a ponto de se fazer incidir o disposto no art. 8º, § 8º da Lei nº 7.014/96.

A discussão acerca da constitucionalidade da multa aplicada, ou dos critérios legais para atualização do crédito tributário, também deve ser afastada nesta esfera administrativa. Em que pese o posicionamento pessoal desta relatoria, deve-se reconhecer que esta foi a opção política da Casa que representa o Povo da Bahia, ao não conferir ao CONSEF competência para, dentre outras, declarar constitucionalidade, e apreciar ato emanado de autoridade superior - art. 125 do COTEB. No caso em análise, a hipótese da multa está enquadrada na Lei Estadual vigente, assim como o critério de atualização.

Por derradeiro, em linha do entendimento manifestado pelo órgão julgador de primeiro grau, a intimação para práticas de atos e para comparecimento perante este Conselho já se realiza, de ordinário, por meio de publicação em Diário Eletrônico, nas quais constam ordinariamente os dados do advogado regularmente constituído e que postula em nome do Sujeito Passivo (disponível em <https://dool.egba.ba.gov.br/portal/visualizacoes/html/13792#/p:1/e:13792>; acesso em 30/03/2022):

Diário Oficial do Estado da Bahia do dia 22/03/2022 | Edição 23379 Edição Principal

**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: 31/03/2022 às 14:00**
RELATOR(A): HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA
**Auto de Infração - 2991300004186 - Recurso Voluntário: Autuado(a)
LICIMASTER DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS
MEDICO HOSPITALAR EIRELI - Autuante(s) - JORGE TADEU COSTA
DOS SANTOS - Advogado(s): FABRÍCIO DOS SANTOS SIMÕES**

Cumpre-se, pois, independentemente de requerimento, a comando do art. 272, § 2º do CPC/15, muito embora não se reconheça nulidade, com a devida licença de entendimento contrário, se a intimação cumprir todos os requisitos da *lex specialis* presente no RPAF/99, especialmente nos artigos 108 e 109.

É dever (e ônus) do Sujeito Passivo manter seus dados cadastrais rigorosamente atualizados perante a SEFAZ e perante o CONSEF, assim como, analogamente, incumbe a qualquer dos interessados manter seus dados atualizados nos cadastros forenses (inteligência do parágrafo único do art. 274 do CPC/15).

Pelo exposto, sou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, julgando o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, reduzindo o lançamento de R\$ 545.781,26 para R\$ 493.338,61, consoante demonstrativos já acostados (FL. 389) aos autos e transcritos abaixo.

OCORRÊNCIA	VL LANÇADO	VL JULGADO
JUL/2015	13,04	13,04
AGO/2015	2.398,87	0,00
SET/2015	29.927,61	0,00
OUT/2015	1.210,74	0,00
NOV/2015	1.351,71	40,16
DEZ/2015	2.741,83	1.490,97
FEV/2016	5,76	5,76
MAR/2016	93,46	93,46
ABR/2016	14.356,78	1.562,40
MAI/2016	2.653,93	2.653,93
JUN/2016	1.523,76	1.523,76
JUL/2016	3.840,92	3.840,92
AGO/2016	84.166,58	84.166,58
SET/2016	8.924,63	8.924,63
OUT/2016	85.315,51	85.315,51
NOV/2016	5.427,68	5.427,68
DEZ/2016	5.198,59	5.198,59
JAN/2017	7.411,14	7.411,14
FEV/2017	7.260,15	7.260,15
MAI/2017	60.717,18	58.007,93
JUN/2017	12.059,29	12.059,29
AGO/2017	31.613,73	31.303,22
SET/2017	24.752,81	24.482,81
OUT/2017	78.502,86	78.502,86
DEZ/2017	74.312,70	74.053,82
TOTAL	545.781,26	493.338,61

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299130.0004/18-6, lavrado contra **LUCIMASTER DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS MÉDICO HOSPITALAR EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 493.338,61, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS