

PROCESSO - A. I. Nº 210319.0001/20-0
RECORRENTE - CONFIANÇA COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0210-02/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CENTO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTRANET 19.11.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0277-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Ajustes realizados pelo autuante em sede de informação fiscal reduzem o valor lançado, e tornam a infração parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Redução do valor lançado, por parcial acolhimento de argumentos apresentados na impugnação. Infração subsiste em parte. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. De acordo com o artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Não comprovado pelo contribuinte o Termo de Acordo celebrado relativo ao Decreto nº 7799/00 em vigor à época dos fatos geradores. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo autuada em razão da decisão contida no Acórdão 2ª JJF nº 0210-02/21-VD, relativo ao Auto de Infração em tela, lavrado em 19/03/2020, refere-se à exigência de R\$ 88.013,27, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputada ao autuado:

Infração 01. 01.02.06. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no montante de R\$ 15.073,94, para fatos ocorridos em março a maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2016, janeiro a outubro de 2017.*

Infração 02. 02.01.03. *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$ 31.816,89.*

Infração 03. 07.15.02. *Recolheu a menor antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, totalizando R\$ 41.122,44, com ocorrências indicadas nos meses de janeiro, março a dezembro de 2016, janeiro a março, maio, julho, outubro e novembro de 2017.*

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 25/10/2021 e julgou o Auto de Infração, Procedente em Parte, decisão unânime o acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

VOTO

O presente lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da transmissão da mensagem 150.831, de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, em 07/02/2020, lida e cientificada em 11/02/2020 (fl. 09).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 11 a 26, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 10.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, ainda que sob a forma de objetiva peça de impugnação.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise do mérito.

Observo não constar fisicamente a mídia de fl. 10, todavia, o fato de o autuante ter impresso a totalidade dos demonstrativos ali inseridos, não traz qualquer prejuízo a análise do feito.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, estabelecido no município de Feira de Santana.

Analizando a infração 01, que se reporta ao uso indevido de crédito fiscal, relativa a mercadorias adquiridas com recolhimento do imposto por substituição tributária, tendo a empresa informado em sede de defesa, que teriam sido inobservados pelo autuante os ajustes feitos nos débitos e créditos, dentro do próprio arquivo, e com isso, a apuração feita nos períodos fiscalizados não alterou nos resultados, ao passo que o autuante acolheu parcialmente tais argumentos, reduzindo o valor lançado para a infração.

Cumpra apenas e tão somente ao julgador, avaliar a correteza ou não dos argumentos defensivos, e dos procedimentos do autuante.

A autuação foi embasada na Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, tendo o autuante, ao intimar o sujeito passivo, cientificando-lhe acerca dos procedimentos de fiscalização (fl. 09), da concessão de prazo de dez dias para, querendo, manifestar interesse em retificar espontaneamente os arquivos SPED-EFD já enviados à SEFAZ, e que, na hipótese de não se manifestar, ou vencer o prazo, estaria caracterizado o fato de serem os mesmos o reflexo da realidade das operações mercantis do período fiscalizado.

Como já visto, o lançamento data de 19/03/2020, correspondente a fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2016 e dezembro de 2017.

Em sua informação fiscal, o autuante mencionou o fato de terem sido os arquivos EFD retificados em alguns períodos, cabendo neste momento a análise de cada um, e em relação a estes arquivos transmitidos pelo sujeito passivo que não possuem a validade jurídica necessária para serem considerados, o que motivou, inclusive, diligência junto ao autuante para o esclarecimento quanto a tal, especialmente se haveria ou não tido o mesmo a devida e necessária autorização para tal, devidamente esclarecida na forma do cumprimento da mesma, didática e claramente, almas observações são pertinentes.

Tal procedimento se justifica pelo fato de que, a EFD se constitui em uma das partes do SPED Fiscal, como a Escrituração Contábil Digital (ECD) e a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), sendo um arquivo digital, constituído de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Este arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED. Veio a substituir a escrituração manual, e por processamento de dados, utilizados anteriormente, sendo seu uso obrigatório para os contribuintes do ICMS ou do IPI, hipótese na qual se inclui a empresa autuada.

Sua instituição deu-se por meio do Convênio ICMS 143/2006 de 15 de dezembro de 2006, posteriormente substituído pelo Ajuste SINIEF 02/2009, de 03 de abril de 2009, e Ato COTEPE 09, de 18 de abril de 2008, estando a regulamentação no Estado da Bahia, inserido nos artigos 247 a 253 do RICMS/12.

O arquivo digital deve ser submetido ao programa validador, fornecido pelo SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), o qual verifica a consistência das informações prestadas, assina (certificado digital, tipo A1 ou A3, ICP-Brasil) e transmite.

Ainda que determinados registros e/ou campos não contenham regras específicas de validação de conteúdo ou de obrigatoriedade, esta ausência não dispensa, em nenhuma hipótese, a não apresentação de dados existentes nos documentos e/ou de informação solicitada pelos fiscos.

Regra geral, se existir a informação, o contribuinte está obrigado a prestá-la. A omissão de informações poderá acarretar penalidades e a obrigatoriedade de reapresentação do arquivo integral, de acordo com as regras estabelecidas pela Administração Tributária Estadual.

A escrituração prevista na forma do mencionado convênio substituiu a escrituração e impressão dos seguintes livros: Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro de Inventário; Livro Registro de Apuração do IPI; Livro Registro de Apuração do ICMS; documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP; Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

A partir de sua base de dados, a empresa deverá gerar um arquivo digital de acordo com leiaute estabelecido em Ato COTEPE, informando todos os documentos fiscais e outras informações de interesse dos fiscos federal e estadual, referentes ao período de apuração do ICMS e IPI. Este arquivo deverá ser submetido à importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA) fornecido pelo SPED.

O contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos.

Considera-se a EFD válida para os efeitos fiscais após a confirmação de recebimento do arquivo que a contém, sendo a periodicidade de apresentação mensal e o arquivo deverá ser enviado no prazo definido em regulamento.

Quanto as EFD sobre a qual a defesa também sustenta seus argumentos, importante se mencionar que para os períodos autuados (março de 2016 a dezembro de 2017), a EFD de março de 2016 foi retificada em 02/03/2020, antes da ação fiscal, mas sem atender aos requisitos, inclusive prévia autorização da Secretaria da Fazenda, diante do prazo decorrido, motivo pelo qual se encontra sem validade jurídica. Mesma situação para os meses de abril, maio e novembro de 2016, também retificadas em 02/03/2020, que não possuem validade jurídica, não podendo ser acolhidas como instrumento probante, de acordo com informações constantes nos registros da SEFAZ/BA.

Assim, de igual modo, não poderia apresentar novos arquivos retificados, sem que devidamente autorizada para tal pelo Fisco, diante da determinação do artigo 251 do RICMS/12, em seu § 2º: “Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco”. (Grifei).

Esclareço, por oportuno, ser a empresa, à época dos fatos geradores, inscrita na condição de contribuinte normal quanto ao regime de apuração do imposto, obrigada a apresentar a Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Desta maneira, os livros fiscais transmitidos pela empresa notificada e utilizados pelo notificante para embasar seu lançamento, possuem a devida e necessária validade jurídica.

Desta maneira, correto o autuante ao não acolher os argumentos defensivos quanto a isso.

Para os meses em que os arquivos EFD não foram retificados ou se retificados, foram carregados no sistema, concordo com as alterações realizadas, sendo a infração 01 parcialmente procedente em R\$ 12.027,82, na forma do demonstrativo abaixo reproduzido:

Valor lançado					Valor após defesa				
Ano	Mes	Créd_Lançado	Créd_Calculado	Créd_Estornado	Diferença	Créd_Lançado	Créd_Calculado	Créd_Estornado	Diferença
2016	3	165,27	0,00	0,00	165,27	165,27	0,00	0,00	165,27
2016	4	635,22	0,00	0,00	635,22	635,22	0,00	0,00	635,22
2016	5	1.193,74	0,00	0,00	1.193,74	1.193,74	0,00	0,00	1.193,74
2016	7	1.361,24	0,00	0,00	1.361,24	1.361,24	0,00	0,00	1.361,24
2016	9	603,83	0,00	0,00	603,83	603,83	0,00	261,86	341,97
2016	11	1.681,13	0,00	0,00	1.681,13	1.681,13	0,00	753,02	928,11
2016	12	1.000,95	0,00	0,00	1.000,95	1.000,95	0,00	315,69	685,26
2017	1	767,18	103,45	0,00	663,73	767,18	103,45	1.942,02	0,00
2017	2	794,01	0,00	0,00	794,01	794,01	0,00	642,61	151,40
2017	3	110,55	0,00	0,00	110,55	110,55	0,00	0,00	110,55
2017	4	1.453,89	0,00	0,00	1.453,89	1.453,89	0,00	301,90	1.151,99
2017	5	943,51	0,00	0,00	943,51	943,51	0,00	0,00	943,51
2017	6	1.695,54	0,00	0,00	1.695,54	1.695,54	0,00	0,00	1.695,54
2017	7	1.358,88	0,00	0,00	1.358,88	1.358,88	0,00	0,00	1.358,88
2017	8	1.096,54	0,00	0,00	1.096,54	1.096,54	0,00	0,00	1.096,54
2017	9	208,60	0,00	0,00	208,60	208,60	0,00	0,00	208,60
2017	10	107,31	0,00	0,00	107,31	107,31	0,00	3.229,29	0,00
					15.073,94				12.027,82

Quanto a infração 02, gira em torno de falta de recolhimento do ICMS em razão da prática, pela empresa, de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

A tese defensiva é a de que ainda existindo efetivamente mercadorias cadastradas erradamente como da substituição tributária, o autuante teria se equivocado ao incluir no levantamento produtos da substituição tributária, elencado vários deles, como Valsartana + Hidroclorotiazida, Melhoral, Mel Rosado e Turbovit.

Ou seja: a própria empresa admite ter cometido erro em relação a diversos produtos, creditando tal fato ao cadastramento errôneo das mercadorias.

Analizando aqueles produtos trazidos na impugnação, início pelo Turbovit, em relação ao qual o autuante não acolheu o argumento defensivo, esclarecendo ser o mesmo energético a base de taurina e extrato composto de guaraná, diverso dos energéticos sujeitos à substituição tributária e que, para estarem submetidos à tal sistema de tributação, deveriam possuir as NCM 2106.1 e 2106.90.9.

Apona que, em verdade, possui o Turbovit NCM 2106.90.30, consoante notas fiscais que enumera.

Assim, no seu entendimento, o mesmo não estaria inserido na substituição tributária, motivo para a manutenção no lançamento.

Analizando tal NCM, verifico que, de fato, a mesma se reporta a “Preparações alimentícias diversas - Preparações alimentícias não especificadas nem compreendidas em outras posições - Outras - Complementos alimentares”.

Turbovit B12 vem a ser, suplemento vitamínico altamente concentrado, à base de Vitamina B12 (Cianocobalamina), indicado para os estados carenciais de Cianocobalamina, característicos de animais anêmicos ou em estado de convalescença em decorrência de outras doenças. A Vitamina B12 também pode ser utilizada como potencializador do desempenho e estimulante do apetite, segundo se observa no site <https://www.jasaudeanimal.com.br/produtos/fortificantes/turbovit-b12>.

Igualmente, pode nomear produto isotônico, como indicado pelo autuante em sede de informação fiscal.

Nos exercícios autuados, tal NCM não se encontrava listada para substituição tributária, diante do fato de que em 2016 a previsão para tal, era para a NCM 2106.90.9, na descrição de (Bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade inferior a 600ml, Bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml), ao passo que na NCM 2106 para “Preparados para fabricação de sorvete em máquina”, descrição que não se coaduna com a do produto autuado, sendo que para 2017, a previsão para substituição tributária se encontrava para a NCM 2106.9, também para os produtos “Bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade inferior a 600ml e bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml”, na mesma situação anteriormente apontada.

Para o item, Mel Rosado, indicado pela empresa autuada, o autuante concorda, diante das NCM 3004.90.99 e 3003.40.90 de tal produto indicadas pelos seus fornecedores, estarem na relação daquelas inseridas na substituição tributária no período autuado.

A NCM 3004.90.99 diz respeito a “Produtos farmacêuticos - Medicamentos (exceto os produtos das posições 3002, 3005 ou 3006) constituídos por produtos misturados ou não misturados, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, apresentados em doses (incluídos os destinados a serem administrados por via percutânea) ou acondicionados para venda a retalho – Outros”.

Já a NCM 3003.40.90 se reporta a “Produtos farmacêuticos - Medicamentos (exceto os produtos das posições 3002, 3005 ou 3006) constituídos por produtos misturados entre si, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, mas não apresentados em doses nem acondicionados para venda a retalho - Contendo alcalóides ou seus derivados, mas não contendo hormônios nem outros produtos da posição 2937, nem antibióticos – Outros”.

Por fim, para Melhoral (NCM 3004.90.99) e Valsartana + Hidroclorotiazida (NCM 3004.90.99), cuja descrição já foi vista acima quando da apreciação do Mel Rosado, sem dúvida alguma se tratam de medicamentos, e como tal, se inserem na substituição tributária, motivo pelo qual tenho como correta a exclusão realizada pelo autuante.

Tais NCM, quando da ocorrência dos fatos geradores, se encontravam no Anexo I ao RICMS/12, nos períodos autuados, conforme já observado anteriormente.

A justificativa para o posicionamento acima exposto, decorre do entendimento da SEFAZ para o enquadramento, o qual consta do Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido: “ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”.

Este não é um entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar também o Parecer 11.219/2010, o

qual traz o seguinte posicionamento: “Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item”.

De igual modo, o Parecer 12.272/2013, dentre tantos outros.

Em resumo, podemos afirmar que para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessário, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Ademais, esclareço que as informações acerca das NCM se encontram disponíveis no endereço eletrônico www.cosmos.bluesoft.com.br/ncms, sendo a consulta aberta.

Portanto, feitas tais observações, e tendo em vista os ajustes realizados pelo autuante, a infração 02 se apresenta como parcialmente subsistente, no valor de R\$ 30.681,03, de acordo com a demonstração abaixo, conforme indicado pelo autuante:

CONFIANCA COMERCIO DE MEDICAMENTOS LTDA								
PERÍODO 01/01/2016 A 31/12/2017								
DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS								
ano	nº	Chave	dEmi	CNPJ	xNom	xMur	UF	vICMS
	1	Total						1.041,21
	2	Total						1.191,14
	3	Total						1.996,11
	4	Total						793,59
	5	Total						834,09
	6	Total						1.216,54
	7	Total						1.080,21
	8	Total						989,74
	9	Total						1.128,03
	10	Total						966,62
	11	Total						1.207,06
	12	Total						1.539,28
2016	Total							13.983,63
	1	Total						1.200,99
	2	Total						811,19
	3	Total						1.702,66
	4	Total						1.300,10
	5	Total						1.216,03
	6	Total						1.635,32
	7	Total						1.384,79
	8	Total						1.919,31
	9	Total						1.666,32
	10	Total						1.044,99
	11	Total						1.329,00
	12	Total						1.486,69
2017	Total							16.697,40
Total Geral								30.681,03

Por fim, para a infração 03, que diz respeito a recolhimento a menor de ICMS relativo a antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, não foram contestados os valores apurados, sequer apresentados documentos que elidiriam a autuação, sendo a única alegação do contribuinte a de que não teria sido considerado o Termo de Acordo do Decreto 7.799/00, entretanto, de acordo com apontamento do autuante, em sede de informação fiscal, este teria sido celebrado num primeiro momento, em 26/05/2010, o qual foi revogado em 29/07/2015, sendo concedido num segundo momento em 08/12/2017, ao passo que autuação se refere aos fatos geradores de janeiro de 2016 a novembro de 2017.

Assim, no período compreendido pela infração, o contribuinte não estava albergado pelo Regime concedido pelo Decreto 7.799/00, motivo e razão pela qual a autuação se apresenta correta nesta infração 03, tida como subsistente.

Pelos motivos expostos, tenho o Auto de Infração como procedente em parte, no montante de R\$ 83.831,27, na forma abaixo discriminada, e em conformidade com os demonstrativos acima explicitados:

Infração 01 R\$ 12.027,82

Infração 02 R\$ 30.681,01

Infração 03 R\$ 41.122,44

Inconformado com a decisão, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário.

O contribuinte apresentou no seu recurso, no que toca a infração 01 o fiscal não observou os ajustes feitos nos débitos e créditos dentro do próprio arquivo, e que com isso a apuração realizada nos períodos da fiscalização não alterou nos resultados. Ressalta que a única Nota Fiscal de nº 289473, de 01/2027, o autuante destacou como crédito devido R\$ 103,45 e a autuada só utilizou R\$ 94,10, informação retirada do sistema de contabilidade da empresa/recorrente.

E em relação a infração 02, o contribuinte/Recorrente informa que na sua impugnação o advogado da empresa não juntou o livro SPEED e que por isso a JJF não reconheceu a defesa e que por isso se faz a juntada agora do referido livro para que possa ser anulado o crédito tributário.

Acrescenta que pela interpretação do autuante nas saídas de mercadoria da autuada, houve produtos que faziam parte de antecipação parcial, mas estavam classificadas como substituição tributária, mas não foram todos os produtos, porque alguns produtos apontados na fiscalização, de fato, são substituição tributária. E, cita como exemplo: VALSARTANA +HIDROCCLOTIAZIDA, (REMÉDIO DE PRESSÃO), TURBOVIT TRAD 60 FLACONETES (ENERGETICO), MEL ROSADO E MELHORAL 200 CPR ADULTO.

Quanto a infração 03, alude a Recorrente que a Fiscalização não observou o Termo de Acordo nº 7799/00.

A PGE no Parecer de 03/10/202 fls. 206/2027 traz os devidos esclarecimentos sobre a tempestividade do Recurso Voluntário.

E ao final, requer que seja desconsiderada a cobrança.

VOTO

De logo deixo registrado que a questão da tempestividade de recurso já ficou devidamente esclarecida no Parecer da PGE, em 03/10/2022, às fls. 206/207 do presente PAF.

O recurso não apresenta preliminares. Passo a análise do Recurso Voluntário.

Nos autos se discutem três infrações.

O contribuinte/Recorrente atua na condição de comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, estabelecido no município de Feira de Santana.

A **Infração 01. 01.02.06.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no montante de R\$ 15.073,94, para fatos ocorridos em março a maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2016, janeiro a outubro de 2017.

A Recorrente em seu recurso defende que o autuante não observou os ajustes feitos nos débitos e créditos, dentro do próprio arquivo, e com isso, a apuração feita nos períodos fiscalizados não alterou nos resultados. Sustenta no recurso que Ressalta que a única Nota Fiscal de nº 289473, de 01/2017, o autuante destacou como crédito devido R\$ 103,45 e a autuada só utilizou R\$ 94,10, informação retirada do sistema de contabilidade da empresa/recorrente.

Contudo, dos autos observo que o autuante já acolheu parcialmente tais argumentos, reduzindo o valor lançado para a infração.

Ressalto que a autuação foi embasada na Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, que no prazo da sua defesa poderia ter retificado espontaneamente os arquivos SPED-EFD já enviados à SEFAZ, e que, caso não o faça fica caracterizado o fato de serem os mesmos o reflexo da realidade das operações mercantis do período fiscalizado.

No caso posto, trata-se de lançamento em 19/03/2020, cujo fatos geradores ocorreram entre janeiro de 2016 e dezembro de 2017.

Tendo o autuante, informado, que os arquivos EFD retificados em alguns períodos, e que foi realizada a análise de cada um, mas como estes arquivos transmitidos pelo sujeito passivo que

não possuem a validade jurídica necessária para serem considerados, o fiscal fez diligência junto a empresa/contribuinte para esclarecimentos.

É de conhecimento de todos que o arquivo digital deve ser submetido ao programa validador, fornecido pelo SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), para verificar a consistência das informações prestadas, assinado por certificado digital, tipo A1 ou A3, ICP-Brasil e transmitido.

Assim, com a sua base de dados, a empresa deverá gerar um arquivo digital de acordo com leiante estabelecido em Ato COTEPE, e informar todos os documentos fiscais e outras informações de interesse dos fiscos Federal e Estadual, relativos ao período de apuração do ICMS e IPI. O arquivo então será submetido à importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA) fornecido pelo SPED.

Então só se considera a EFD válida para os efeitos fiscais após a confirmação de recebimento do arquivo que a contém, devendo ser apresentada, no prazo definido em regulamento.

No caso dos autos, para os períodos autuados (março de 2016 a dezembro de 2017), a EFD de março de 2016 foi retificada em 02/03/2020, antes da ação fiscal, mas sem atender aos requisitos, inclusive prévia autorização da Secretaria da Fazenda, diante do prazo decorrido. Assim, de fato, não há validade jurídica. De igual forma, para os meses de abril, maio e novembro de 2016, também retificadas em 02/03/2020, que não possuem validade jurídica, não podendo ser acolhidas como instrumento probante, de acordo com informações constantes nos registros da SEFAZ/BA.

É preciso observar que não é possível apresentar novos arquivos retificados, sem a devida autorização do Fisco, como estabelece o artigo 251 do RICMS/12, em seu § 2º:

“Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco”. (Grifei).

E, como a empresa, à época dos fatos geradores, era inscrita na condição de contribuinte normal quanto ao regime de apuração do imposto, tinha a obrigação de apresentar a Escrituração Fiscal Digital (EFD). Então, os livros fiscais transmitidos pela empresa notificada e utilizados pelo notificante para embasar seu lançamento, possuem a devida e necessária validade jurídica.

Assim, correto o procedimento adotado pela fiscalização, porque a EFD se constitui em uma das partes do SPED Fiscal, como a Escrituração Contábil Digital (ECD) e a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e). E tal arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED. Assim foi substituída a escrituração manual, e por processamento de dados, utilizados anteriormente, sendo seu uso obrigatório para os contribuintes do ICMS ou do IPI, hipótese na qual se inclui a empresa autuada.

Dito isto não houve erro da fiscalização em não acolher os argumentos defensivos.

E no que toca aos meses em que os arquivos EFD não foram retificados ou se retificados, foram carregados no sistema, as alterações efetivadas estão corretas.

Então, mantenho a infração 01 Parcialmente Procedente em R\$ 12.027,82, na forma do demonstrativo apresentado na decisão de piso que ora, conforme o demonstrativo da JJF.

Já em relação a **Infração 02. 02.01.03**. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$ 31.816,89.

O Recorrente defende que mesmo existindo efetivamente mercadorias cadastradas erradamente como da substituição tributária, o autuante teria se equivocado ao incluir no levantamento produtos da substituição tributária, elencado vários deles, como Valsartana + Hidroclorotiazida, Melhoral, Mel Rosado e Turbovit.

Observando os produtos apontados no recurso, começo pelo Turbovit, o mesmo não foi aceito pelo autuante porque como trata-se de produto energético a base de taurina e extrato composto

de guaraná, diferente dos energéticos sujeitos à substituição tributária e que, para ficarem dentro de tal sistema de tributação, deveriam ter as NCM 2106.1 e 2106.90.9. E no caso dos autos, o contribuinte, possui o Turbovit NCM 2106.90.30, consoante notas fiscais que enumera.

Então, de fato, correto o entendimento da fiscalização de que o mesmo não estaria inserido na substituição tributária, motivo para a manutenção no lançamento.

Da leitura de tal NCM, constato que, a mesma se reporta a “Preparações alimentícias diversas - Preparações alimentícias não especificadas nem compreendidas em outras posições - Outras - Complementos alimentares”.

No Voto da 2ª JJF, apontou a pesquisa em site de que: *“Turbovit B12 vem a ser, suplemento vitamínico altamente concentrado, à base de Vitamina B12 (Cianocobalamina), indicado para os estados carenciais de Cianocobalamina, característicos de animais anêmicos ou em estado de convalescença em decorrência de outras doenças. A Vitamina B12 também pode ser utilizada como potencializador do desempenho e estimulante do apetite”*, segundo se observa no site <https://www.jasaudeanimal.com.br/produtos/fortificantes/turbovit-b12>.

Assim, foi a nomeação dada pelo autuante em sua informação fiscal como produto isotônico.

É importante reforçar que para os exercícios autuados, tal NCM não se encontrava listada para substituição tributária, diante do fato de que em 2016 a previsão para tal, era para a NCM 2106.90.9, na descrição de (Bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade inferior a 600ml, Bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml), ao passo que na NCM 2106 para *“Preparados para fabricação de sorvete em máquina”*, descrição que não se coaduna com a do produto autuado, sendo que para 2017, a previsão para substituição tributária se encontrava para a NCM 2106.9, também para os produtos *“Bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade inferior a 600ml e bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml”*, na mesma situação anteriormente apontada.

E quanto ao Mel Rosado, também apontado no Recurso, o autuante concorda, diante das NCM 3004.90.99 e 3003.40.90, indicadas pelos seus fornecedores, estarem na relação daquelas inseridas na substituição tributária no período autuado.

A NCM 3004.90.99 diz respeito a *“Produtos farmacêuticos - Medicamentos (exceto os produtos das posições 3002, 3005 ou 3006) constituídos por produtos misturados ou não misturados, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, apresentados em doses (incluídos os destinados a serem administrados por via percutânea) ou acondicionados para venda a retalho – Outros”*.

Ressalto que quanto a NCM 3003.40.90 se reporta a *“Produtos farmacêuticos - Medicamentos (exceto os produtos das posições 3002, 3005 ou 3006) constituídos por produtos misturados entre si, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, mas não apresentados em doses nem acondicionados para venda a retalho - Contendo alcalóides ou seus derivados, mas não contendo hormônios nem outros produtos da posição 2937, nem antibióticos – Outros”*.

Já o Melhoral (NCM 3004.90.99) e Valsartana + Hidroclorotiazida (NCM 3004.90.99), tem a mesma descrição já posta acima quanto a apreciação do Mel Rosado. Então, são medicamentos, e por isso, se inserem na substituição tributária. Assim correta a exclusão efetivada pelo autuante.

As referidas NCM, quando da ocorrência dos fatos geradores, se encontravam no Anexo 1 ao RICMS/12, nos períodos autuados.

Destaco também que para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessário, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Assim, mantenho a infração 02 como parcialmente subsistente, no valor de R\$ 30.681,03, de acordo com os ajustes realizados pelo autuante no demonstrativo, conforme a decisão de piso.

Por fim, para a **infração 03. 07.15.02**. Recolheu a menor antecipação parcial, referente às

aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, totalizando R\$ 41.122,44, com ocorrências indicadas nos meses de janeiro, março a dezembro de 2016, janeiro a março, maio, julho, outubro e novembro de 2017.

A única argumentação trazida no recurso foi a de que não teria sido considerado o Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00, mas de acordo com as informações da fiscalização tal termo havia sido celebrado, em 26/05/2010, e foi revogado em 29/07/2015. E foi novamente concedido em 08/12/2017. Mas acontece que a autuação se refere aos fatos geradores de janeiro de 2016 a novembro de 2017. Dito isto o Termo de Acordo apontado pela Recorrente não pode ser aplicada a infração em debate.

Ademais, não foram contestados os valores apurados, sequer apresentados documentos que elidiriam a autuação, motivo e razão pela qual a autuação se apresenta correta nesta infração 03, tida como subsistente.

Por tudo o que aqui foi exposto, NÃO ACOLHO o Recurso Voluntário e mantenho o Auto de Infração como PROCEDENTE EM PARTE, no montante de R\$ 83.831,27.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210319.0001/20-0, lavrado contra **CONFIANÇA COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 83.831,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS