

PROCESSO - A. I. N° 281317.0052/21-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VENTIN & VENTIN LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0239-04/23-VD
ORIGEM - DAT METRO /INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTRANET 19.12.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0299-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Trata-se de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS que desenvolve a atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 4771-7/01 - Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas. O art. 294 do RICMS/2012, obriga as farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, bem como suas centrais de distribuição, antecipar o ICMS incidente nas operações internas subsequentes com todos os produtos que entrarem no seu estabelecimento. Trata-se da antecipação do imposto. As infrações decorreram de desenvolvimento de roteiro de auditoria fiscal-contábil inadequado para o contribuinte, que efetua a antecipação tributária de todos os produtos que ingressam no estabelecimento, sistemática que não atinge apenas os produtos cujas saídas posteriores não serão tributadas, (produtos com fase de tributação encerrada e de produtos isentos). Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto em razão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão JJF nº 0239-04/23-VD, ter julgado Improcedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2021, para reclamar o crédito tributário no valor histórico de R\$ 810.429,04, em decorrência de três infrações, descritas a seguir:

Infração 01 - 002.001.003: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas em 2016 – Operações através de ECF;

Infração 02 - 002.001.003: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas em 2016 – Operações com NFC-e;

Infração 03 - 002.001.003: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas em 2016 – Operações com NF-e.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide em 17/11/2023, conforme acórdão às fls. 62 a 68 e decidiu unanimemente pela improcedência do lançamento. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos:

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 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

Como a desoneração do crédito tributário foi superior ao limite estabelecido no art. 169, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, a JJF recorreu da própria decisão, interpondo o Recurso de Ofício ora analisado.

VOTO

Observo que a decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal ao decidir pela Improcedência do presente Auto de Infração, desonerou o sujeito passivo da exigência do crédito tributário em montante superior ao estabelecido no RPAF/99, constituído em razão do Fiscal ter identificado o cometimento de três infrações, todas decorrente das saídas não tributadas pelo ICMS, quando se trataram, segundo a Fiscalização de operações normalmente tributadas, registradas através de equipamento emissor de cupon fiscal – ECF (infração 01), notas fiscais de consumidor eletrônica – NFC-e (infração 02) e notas fiscais eletrônicas – NF-e (infração 03).

Inicialmente ressalto que o processo atende a todas as formalidades legalmente exigidas, portanto, não identifiquei qualquer fato que possa o inquirir de nulidade.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal, explora a atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 4771-7/01 - Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas, além do comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal.

O Auto de Infração resultou do cumprimento da Ordem de Serviço nº 502769/21, na qual foi indicado o cumprimento de auditoria fiscal-contábil, com o seguinte resultado:

“A fiscalização alcançou o período de 01/01/2016 a 30/06/2021, sendo efetuada com base nos documentos apresentados a esta Fiscalização pelo contribuinte, nas declarações e nos arquivos magnéticos por ele enviadas à SEFAZ/BA e nos dados obtidos através dos sistemas de informações da SEFAZ/BA.

Foram verificados para o período fiscalizado: o conta corrente do ICMS (AUDIF 201); os documentos e lançamentos fiscais (AUDIF 202), as operações mercantis (AUDIF 203), o crédito fiscal do ICMS (AUDIF 204), a substituição e a antecipação tributária (AUDIF 205), estoques (AUDIF 207), a situação cadastral (AUDIF 239), os documentos de informações econômico-fiscais (AUDIF 241) e as informações de arquivos eletrônicos (AUDIF 249).

Com base em todos os levantamentos, verificações efetuadas e demonstrativos em anexo, foram apuradas irregularidades constantes de Notificação Fiscal/Auto de Infração.”.

Considerando a atividade econômica da empresa autuada e as infrações imputadas, nota-se haver equívoco na escolha do roteiro de auditoria empregado no processo de fiscalização, tendo em vista o que dispõe o art. 294 do RICMS/2012, *in verbis*.

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: (...)

II - estipulada no § 17 do art. 289, nas aquisições para revenda.

A Diretoria de Tributação externou seu entendimento quanto a tributação das farmácias no Parecer nº 6233/2016: *“O RICMS/BA, no art. 294, obriga as farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, bem como suas centrais de distribuição, a antecipar o ICMS incidente nas operações internas subsequentes com todos os produtos que entrarem no seu estabelecimento. Trata-se, portanto, da antecipação de um imposto que será devido, sistemática que não atinge produtos cujas saídas posteriores não serão tributadas, como se verifica nos casos de produtos com fase de tributação encerrada e de produtos albergados pela isenção do imposto.”.*

Do mesmo entendimento comungo, confirmando a inaplicabilidade do roteiro de auditoria utilizado, resultando numa exação insubsistente, conforme admitida pelo próprio autuante na sua informação, fl. 56, na qual admite 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”.

O autuante reconheceu o equívoco e sugeriu a nulidade ou improcedência do Auto de Infração e informou que o contribuinte será submetido a nova fiscalização para apuração da forma correta o que é devido.

Sinalizo que consta no SIGAT o registro do Auto de Infração nº 2813170002/22-9, abrangendo o mesmo período deste Auto de Infração, julgado pela 2ª JJF como procedente em parte.

Quando do julgamento, a JJF apreciou todas as arguições da defesa e fundamentou corretamente a decisão pela improcedência.

Assim, atesto que a Decisão recorrida se encontra adequada e devidamente fundamentada, não cabendo qualquer reparo.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281317.0052/21-8, lavrado contra **VENTIN & VENTIN LTDA**.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS