

A. I. Nº - 298945.0400/16-6
AUTUADO - SALVADOR DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.
AUTUANTES - SÉRGIO M. DE ARAÚJO CARVALHO e JOSERITA M. S. BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/06/2024

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0114-04/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração elidida em parte com base em diligência realizada por preposto da Astec; 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. As mercadorias autuadas possuem NCM's que não encontram previsão de isenção no Convênio 87/02. Infração caracterizada; 3. RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. O Sujeito Passivo se limitou a negar a existência de divergências, sem, contudo, especificar a sua alegação. Infração caracterizada; 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração elidida em parte com base em diligência realizada por preposto da Astec; 5. MULTA. DMA. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO; b) DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Infrações não contestadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2016 (ciência em 06/10/2016, de forma pessoal), exige ICMS no valor histórico de R\$ 146.571,35, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Consta que “*Foi identificada a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a operações sujeitas a antecipação tributária no exercício de 2015 até junho de 2016. O crédito indevidamente utilizado foi apurado conforme planilhas constantes do Anexo I. Tudo conforme arquivos de notas fiscais eletrônicas e emitidas pelo contribuinte, e arquivo da Escrituração Fiscal Digital - EFD do contribuinte, todos, do mesmo modo que as planilhas citadas, gravados em meio magnético - CD constante do Anexo IX*”. ICMS: R\$ 1.154,20. Multa: 60%.

Infração 02 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta que “*o contribuinte deixou de recolher o ICMS em virtude de ter tratado mercadorias tributadas normalmente como se fossem isentas do imposto, no período compreendido entre janeiro de 2015 e junho de 2016. Os valores não recolhidos estão na planilha constante do Anexo II. Tudo conforme arquivos de notas fiscais eletrônicas destinadas e emitidas pelo contribuinte, e arquivo da Escrituração Fiscal Digital - EFD do contribuinte, todos, do mesmo modo que as planilhas citadas, gravados em meio magnético - CD constante do Anexo IX*” ICMS: R\$ 3.171,30. Multa: 60%.

Infração 03 - 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o (s) valor (es)

do imposto recolhido e escriturado na apuração do imposto. Consta que “*recolheu a menor o imposto regularmente lançado no Livro de Registro e Apuração do ICMS nos meses de agosto, e outubro a dezembro de 2015, e nos meses de fevereiro a maio de 2016. Ainda, verificou-se que as DMA relativas aos meses citados contem valores divergentes daqueles lançados no Livro de Registro e Apuração do ICMS. Os valores não recolhidos estão na planilha Anexo III. Tudo conforme arquivos de notas fiscais eletrônicas destinadas e emitidas pelo contribuinte, e arquivo da Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, todos, do mesmo modo que as planilhas citadas, gravados em meio magnético – CD constante do Anexo IX*”. ICMS: R\$ 7.753,21. Multa: 60%.

Infração 04 - 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade do sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de Outras Unidades e/ou do exterior. Consta que “*o contribuinte tem por atividade econômica o comércio atacadista de medicamentos de uso humano, e efetua suas vendas majoritariamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos. A apuração do ICMS devido por antecipação tributária foi feita com base na metodologia prevista no Convênio 76/94 e, sendo o contribuinte signatário do Termo de Acordo do Decreto nº 11.872/09, foi concedida a redução da base de cálculo de 28,53%. Na análise das aquisições de mercadorias e dos recolhimentos efetuados pelo contribuinte, foi constatada a existência de recolhimentos efetuados sob Código de Receita 1755 – ICMS AUTO INFRAÇÃO/DENUNCIA ESPONTANEA/NOTIFICAÇÃO FISCAL/ DÉBITO DECLARADO, conforme extrato do sistema INC da SEFAZ/BA, constante do Anexo IV. Intimado a informar a que notas fiscais tais recolhimentos estavam vinculados, o contribuinte respondeu conforme documentos constantes do Anexo VII. Feitas as verificações pertinentes, esta fiscalização excluiu estes documentos fiscais indicados pelo contribuinte da apuração do ICMS devido por antecipação tributária. O ICMS devido por antecipação tributária foi então apurado conforme planilha constante do Anexo VI. Cotejando os valores apurados na planilha do Anexo VI, conforme acima descrito, com os recolhimentos efetuados pelo contribuinte a título de antecipação tributária que constam no sistema INC da SEFAZ/BA, conforme Anexo IV, esta fiscalização apurou, no exercício de 2015 até junho de 2016, a ocorrência de recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária. Os valores da antecipação tributária recolhidos a menor são aqueles constantes da planilha do Anexo V. Tudo conforme arquivos de notas fiscais eletrônicas destinadas e emitidas pelo contribuinte, e arquivo da Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, todos, do mesmo modo que as planilhas citadas, gravados em meio magnético – CD constante do Anexo IX*”. ICMS: R\$ 133.752,64. Multa: 60%.

Infração 05 - 16.05.04: Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Consta que “*deixou de apresentar a DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, relativa ao mês de abril do exercício de 2016*”. Multa: R\$ 460,00.

Infração 06 - 16.05.11: Declarou incorretamente dados nas informações econômicas-fiscais através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Consta que “*apresentou a DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, cópias constantes do Anexo VIII, nos meses de agosto, e outubro a dezembro de 2015, e nos meses de fevereiro, março e maio de 2016, com dados divergentes em relação àqueles constantes do Livro Registro e Apuração do ICMS. Tudo conforme arquivos de notas fiscais eletrônicas destinadas e emitidas pelo contribuinte, e arquivo da Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, todos, do mesmo modo que as planilhas citadas, gravados em meio magnético – CD constante do Anexo IX*”. Multa: R\$ 280,00.

A autuada apresenta impugnação às folhas 61/72, mediante a qual contesta o presente lançamento, aduzindo os argumentos a seguir.

Preliminarmente, suscita a nulidade das infrações 03 e 04, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa – art. 18, II e IV, “a”, do RPAF. Argumenta que a acusação é de que existiria “recolhimento a menor”, em relação aos valores lançados no LRAICMS. Ou seja, a Autuada teria lançado no LRAICMS valores diversos daqueles constantes nos DAES respectivos, que comprovam os pagamentos realizados. Ou seja, comprovação da ocorrência estaria no Anexo III. Alega, contudo, que o mencionado Anexo III não

espelha um comparativo entre os lançamentos no LRAICMS (ou mesmo DMA) e os respectivos pagamentos, estes comprovados, inclusive, através do Anexo IV. Ressalta que houve, no Anexo III, um verdadeiro “refazimento da conta corrente fiscal”, não compatível com a acusação e, assim, prejudicando o regular exercício do direito de defesa e, ainda, atribuindo insegurança na caracterização do fato. Requer, por isso, em preliminar, a nulidade do item 03.

Já na infração 04, alega que a acusação não se encontra correta, pois a hipótese de “recolhimento a menor” se aplicaria no caso de existência de erros nos cálculos do imposto devido, o que não se tem notícia no caso. Pelo contrário, assevera que os cálculos feitos pela Autuada, constantes dos DAEs anexos (vinculados às notas), estão em perfeita harmonia com os valores apresentados no Anexo VI, dos Autuantes. Afirma que a conclusão é de que, na verdade, haveria “falta de pagamento”, ou seja, de ausência de antecipação, em relação a determinadas notas fiscais. Conclui, portanto, que não existe nexo de causa e efeito entre a “ocorrência listada no AI” e os fatos, o que enseja a nulidade do lançamento.

Transcreve julgados deste Conselho de Fazenda para apoiar a ideia de que, em situações semelhantes, ou seja, existindo divergência entre os fatos e a descrição da infração, o CONSEF assim se posicionou, reconhecendo a nulidade do lançamento.

No mérito, no que tange à infração 01, informa que a Autuada atua no ramo de “medicamentos” e, sobre as operações com ICMS devido, paga o imposto pelo regime de substituição tributária, nas aquisições, por antecipação (operações interestaduais) ou retenção (operações internas). Assim, conforme DAEs, respectivos comprovantes de quitação e Notas Fiscais anexas, relativas a 2015 e 2016, assevera que as operações realizadas, suscetíveis de pagamento do ICMS, foram sujeitas ao pagamento ANTECIPADO do ICMS. Ocorre, que, por erro operacional, os valores foram absorvidos, apenas na EFD, como créditos. Contudo, garante que não houve a efetiva apropriação dos créditos, ou seja, não foram os mesmos utilizados para efeito de dedução sobre quaisquer operações. Alega, portanto, que não é verdadeira a acusação de que a Autuada “utilizou indevidamente créditos fiscais”, pois a utilização implica em compensação.

Explica que houve o lançamento de valores, na EFD, que, contudo, não ensejaram a efetiva utilização. Afirma que provas do fato são constituídas pelos comprovantes de pagamento das operações por substituição tributária e, especialmente, LIVROS FISCAIS DE ENTRADAS E APURAÇÃO DO ICMS (anexos), nos quais se observa que os valores que, por equívoco, a EFD “entendeu como sendo créditos”, de aquisições sujeitas ao regime de substituição, não foram realmente utilizados para a dedução sobre qualquer parcela de ICMS devido (normal ou substituído). Argumenta que os valores foram lançados na EFD “para fechamentos dos totais”, sendo absorvidos na coluna de créditos, porém não compensados. Nos livros fiscais próprios, onde as “compensações” são realizadas (a apuração dos valores mensalmente devidos), afirma que as quantias não foram deduzidas, não existindo, por via conexa, utilização efetiva de créditos (evasão de ICMS).

Tratando de PAF’s em situações semelhantes, informa que o CONSEF já decidiu que não se pode exigir o valor do ICMS, se o mesmo não foi compensado, prevalecendo apenas a infração formal escritural, que no caso em lide se limitou à EFD. Afirma que a posição consolidada no CONSEF pode ser averiguada, conforme decisão contida no Acórdão CJF nº 0551-12/06, cuja cópia anexa.

Acrescenta que a Autuada está providenciando a retificação da sua EFD e fará a solicitação para transmissão, assim que concluída. Informa que, durante o trabalho, que enseja o “relançamento de todas as operações e alterações de sistema”, tem detectado, inclusive, que operações isentas e sujeitas ao regime normal foram tratadas indevidamente como “substituídas” e tiveram o ICMS pago por antecipação, como também nas saídas. Explica que o trabalho que está sendo realizado irá corrigir todas as inconsistências, podendo uma revisão fiscal ser determinada para a conferência de todos os valores e respectivas apropriações, ou não, dos créditos, cujos simples “lançamentos” serão estornados.

Informa, ainda, que os procedimentos regulares para a transmissão serão adotados e tudo será

carreado ao PAF, o que desde já, como meio de prova, juntamente com revisão fiscal, fica expressamente requerido. Comprovado que os valores não foram apropriados na “conta corrente fiscal”, pede a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XVIII, “b”, da Lei 7.014/96.

Relativamente à Infração 02, alega que os produtos indicados no Anexo II contam com isenção do ICMS, na medida em que a Autuada se dedica à venda exclusiva a hospitais públicos (órgãos públicos), na forma do art. 264, inciso XXXIV, do RICMS (Convênio 87/02 e alterações). Afirma que não pode prosperar, assim, a glosa dos créditos, no total de R\$ 3.171,30. Nesse caso, entende que cumpre ao Julgador confrontar os produtos listados no Anexo II com a norma isencional, com o que se concluirá pela impertinência da cobrança.

Com referência à Infração 03, de forma adstrita à acusação, alega que é improcedente a cobrança, pois da comparação entre os anexos LRAICMS e os pagamentos realizados, inclusive listados no Anexo IV, não se vislumbram divergências.

Quanto à Infração 04, no qual a Autuada é acusada de “pagamento a menor de valores referentes a antecipação tributária”, assevera ser igualmente improcedente. Conforme farta documentação anexa, composta de notas fiscais e correspondentes DAES (notas listadas em cada DAE), alega que a Autuada pagou regularmente todos os valores relativos à antecipação tributária, sobre suas aquisições. Afirma que a acusação, aliás, como abordado na questão prejudicial, não se encontra correta, pois a hipótese de “recolhimento a menor” se aplicaria à existência de erros nos cálculos do imposto devido, o que não se configura no caso. A conclusão é de que, na verdade, haveria “falta de pagamento”, ou seja, de ausência de antecipação, em relação a determinadas notas fiscais. Contudo, a documentação anexa (notas e correspondentes DAES) demonstra que não existe qualquer débito pertinente à antecipação tributária, pois a Autuada recolheu o imposto de todas as operações realizadas, não sendo apontada no AI qualquer divergência de cálculo. O que ocorreu, e deu lugar ao nascimento dos valores indevidos e cobrados, foi decorrente da forma que a ação fiscal foi conduzida, segundo garante.

Explica que os Senhores Autuantes, em primeiro lugar, apesar de citarem que deduziram valores referentes a pagamentos de Autos de Infração, não observaram que a Autuada, no início de suas atividades (2015), não possuía “credenciamento” para pagar nos prazos regulamentares (mês seguinte ao da aquisição) e, assim, realizou pagamentos antes das entradas das mercadorias em seu estabelecimento. Cita, como exemplo, as Notas Fiscais lançadas para o mês de agosto de 2015, números 425592, 425338, 24463 e 17286, em relação às quais, destaca, os cálculos da antecipação são coincidentes (Autuantes e Autuada), pois os pagamentos foram realizados tendo como referência o mês de julho/15. Assim, conclui que o valor total que seria devido em agosto, de R\$ 16.198,61, foi contaminado pela inclusão indevida de tais notas, que, em verdade, fizeram parte do “mês de referência”, anterior.

Explica que, de outro lado, a partir de 2016, quando a Autuada já se encontrava autorizada a pagar, dia 25, o ICMS relativo à antecipação, os Autuantes consideraram no AI, sempre, como data de vencimento, o dia 09, não contemplando assim os pagamentos realizados dia 25. Ademais, alega que a apuração não foi realizada com o lançamento dos pagamentos INDIVIDUALIZADOS, e sim “totais” (ANEXOS IV e V), prejudicando a apuração.

Alega que o prejuízo reside, em especial, nas divergências de datas das notas, entre os levantamentos dos Dignos Autuantes e da empresa. Para a dedução dos valores pagos, em cada mês, informa que os Autuantes apenas somaram os registros no sistema da SEFAZ, cujos valores coincidem com os totais dos DAES ora apresentados, sem que tivessem feito uma demonstração analítica, vinculando os valores às Notas Fiscais específicas, como fez a Autuada e segue anexo.

Argumenta que a influência da demonstração analítica na apuração decorre, justamente, das datas consideradas para uma e pela outra parte (Autuada e Autuantes), pois a Autuada pagou, antes da ação fiscal, todas as antecipações devidas, referentes às mesmas notas lançadas pelos Autuantes, sendo que os pagamentos, às vezes, relativos a determinadas notas, foram realizados em meses diversos (posteriores), mas, como já dito, antes da ação fiscal (pelo que devem ser abatidos).

Como os Autuantes pegaram os pagamentos de forma “sintética”, ou seja, apenas pelos totais, conclui que não provam a relação dos mesmos com as operações respectivas.

Na mesma linha de raciocínio, explica que os autuantes apontaram os valores que seriam de “ICMS A RECOLHER pela MVA” (Anexo VI), considerando todas as operações dentro dos próprios períodos de apuração das notas fiscais, sem contemplar que algumas notas fizeram parte da apuração do mês seguinte. Afirma que uma revisão fiscal, por agente estranho ao feito, como meio de prova, fica expressamente requerido, com lastro nas planilhas mensais de apuração das antecipações, notas fiscais e DAES, TUDO ANEXO, irá atestar que as provas materiais ora exibidas são suficientes para elidir a autuação.

Alega que outro erro na apuração fiscal consiste na inclusão de notas fiscais que dizem respeito a operações ISENTAS (Convênio 87/02), não suscetíveis à antecipação. Cita, como exemplos já identificados, as seguintes notas fiscais: 180.447 – 14/04; 454.313 - 18/04; 918.269 (04/05); 918.270 (04/05); 134.209 (06/05); 923.495 (06/05); 923.496 (06/05); 923.407 (06/05); 458.090 (10/05); 184.252 (16/05); 216573 (06/16 – R\$ 5.400,00); e 187509 (06/16 – R\$ 244.282,00 (no mês de junho/16, estas duas NFs anulam a diferença apontada no Auto de Infração).

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos (em especial relativos ao item 04) e revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade, ou não, dos pagamentos, individualizados (nota por nota e por produtos), das antecipações devidas, a Autuada pede pela NULIDADE dos itens 03 e 04, bem como, regularmente instruído o PAF, especialmente mediante revisão por fiscal estranho ao feito, pela IMPROCEDÊNCIA das ocorrências contestadas, do Auto de Infração.

Termos em que pede deferimento.

Às folhas 588/596, os autuantes prestam informação fiscal, oportunidade em que tecem as seguintes considerações.

Quanto à Infração 03, relativamente à alegação de que houve um refazimento da conta corrente fiscal, contrapõem-se, afirmando que os fatos não combinam com o que a autuada alega, pois, analisando a planilha constante do Anexo III, vê-se que lá estão lançados todos. Em seguida, explicam, foram lançados por esta fiscalização, na citada planilha do Anexo III, os valores recolhidos pelo contribuinte a título de ICMS normal bem como aqueles recolhidos a título de antecipação parcial, conforme Anexo IV, tendo sido apurado, então, a ocorrência de ICMS, relativo ao regime normal de apuração, recolhido a menor.

Assim, defendem que não há que se falar em cerceamento de direito de defesa, eis que a planilha em tela é bastante elucidativa. Além de tudo, verifica-se que a defesa não traz qualquer elemento que comprove os efetivos valores a débito e a crédito, os saldos apurados e os valores do ICMS a recolher conforme consta do Livro de Registro e Apuração do ICMS do contribuinte recolhimento dos valores exigidos, bem como deixa de apontar a existência de qualquer erro nos valores constantes da planilha do Anexo III. Sendo assim, afirmam que não podem acatar o que pede a defesa relativamente à Infração 03.

Quanto à Infração 04, relativamente à alegação de que os cálculos da autuada estão corretos, asseveram que tal afirmativa não condiz com a verdade, como pode ser visto ao se comparar os valores apurados pela fiscalização para, por exemplo, os DAE's apresentados pelo contribuinte, às fls. 406, 456 e 486. Explica que, no DAE à fl. 406, o contribuinte apurou o valor de R\$ 26.736,60, enquanto o valor apurado para as mesmas notas fiscais na planilha do Anexo VI foi R\$ 27.871,21. Para o DAE à fl. 456, consta como valor apurado pelo contribuinte R\$ 24.300,23, já o valor apurado para as mesmas notas fiscais na planilha do Anexo VI foi R\$ 27.768,21. Por fim, para o DAE à fl. 486, informam que o contribuinte traz o valor de R\$ 1.385,92, já a fiscalização apurou o valor de R\$ 2.097,01.

Quanto à alegação de nulidade da Infração 04, afirmam que tal arguição carece totalmente de fundamento, pois a apuração do ICMS devido por antecipação tributária foi feita com base na

metodologia prevista no Convênio 76/94 e, sendo o contribuinte signatário do Termo de Acordo do Decreto 11.872/09, foi concedida a redução da base de cálculo de 28,53%, estando estes valores na planilha do Anexo VI. Cotejando os valores apurados na planilha acima referida com os recolhimentos efetuados pelo contribuinte a título de antecipação tributária que constam do sistema INC da SEFAZ/BA, conforme Anexo IV, informa que a fiscalização apurou, no exercício de 2015 até junho de 2016, a ocorrência de recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária. Os valores da antecipação tributária recolhidos a menor são aqueles constantes da planilha do Anexo V. Deste modo, não tendo a defesa trazido argumentos capazes de elidir o lançamento ora discutido, concluem que só resta a esta fiscalização mantê-lo integralmente.

Deste modo, mantêm a Infração 04, em seus exatos termos.

Quanto à Infração 01, que cobra o ICMS devido em razão da utilização de crédito fiscal relativo a operações sujeitas à antecipação tributária, esclarecem que a autuada também realiza operações tributadas normalmente, conforme pode ser comprovado pelas notas fiscais de saída que emite, bem como pelos recolhimentos sob o código 759 - ICMS REGIME NORMAL - COMERCIO constantes do sistema INC da SEFAZ/BA, cujo extrato se encontra no Anexo IV.

Quanto à alegação de que não houve a efetiva apropriação dos créditos, ou seja, não foram os mesmos utilizados para efeito de dedução sobre quaisquer operações, contrapõem-se, afirmindo que o que diz a autuada não é o que mostra o seu Livro de Registro e Apuração do ICMS, onde se pode ver, de forma clara, que, do total dos valores lançados a débito, é subtraído o total dos valores lançados a crédito. Logo, conclui ser totalmente desarrazoada a alegação da defesa.

Quanto às decisões do Conselho Estadual de Fazenda, citadas, assegura que, de modo algum, podem ser aplicadas à situação fática ora discutida, eis que os créditos indevidos cobrados na Infração 01 foram efetivamente lançados e utilizados, conforme pode ser visto no Livro de Registro e Apuração do ICMS da autuada. Ressalta que, ao afirmar que irá retificar a sua EFD, a autuada acaba confessando que, efetivamente, usou indevidamente crédito fiscal de ICMS. Concluída a análise das alegações da defesa e, não tendo esta fiscalização encontrado elementos capazes de elidir o lançamento ora combatido, afirmam que mantêm, em sua integra.

Quanto à Infração 02, que apura o ICMS não recolhido em razão de a mesma ter tratado mercadorias tributadas normalmente como se fossem isentas do imposto, embora alegue que os produtos constantes do demonstrativo de débito estão elencados no Anexo Único do Convênio ICMS 87/02, ressaltam que o sujeito Passivo deixou, contudo, de citar um único produto a título de exemplo. Não o fez porque, segundo alega, nenhum dos produtos constantes da planilha do referido Anexo II está abrigado pela isenção prevista no Convênio ICMS 87/02. Asseveram que os produtos são tributados normalmente, não havendo porque se fazer qualquer reparo ao lançamento em tela.

Quanto à Infração 03, não tendo trazido qualquer fato ou fundamento que justifique mudança no lançamento, afirmam que mantêm integralmente a infração.

Quanto à Infração 04, relativamente à alegação de que a autuada, em alguns casos, pagou o ICMS devido por antecipação tributária dentro do próprio mês de aquisição das mercadorias, e não no dia 25 do mês subsequente à entrada das mesmas em seu estabelecimento, pondera que como as notas fiscais 425592, 425338, 24463 e 17286 foram lançadas no Livro de Registro de Entradas da autuada no mês de agosto, a fiscalização as lançou neste mesmo mês na planilha que apura o ICMS antecipação tributária e que esta gravada no CD constante do Anexo IX. Verificando tais notas fiscais, admite que constatou a veracidade do que diz o contribuinte. Deste modo, informa que consultou todos os Documentos de Arrecadação Estadual - DAE anexados pela autuada, que estão às fls. 81, 84, 86, 89, 92, 96, 98, 101, 104, 107, 110, 113, 119, 126, 131, 140, 148, 157, 166, 170, 178, 193, 204, 210, 223, 228, 241, 246, 255, 265, 268, 272, 276, 279, 283, 289, 297, 305, 315, 321, 326, 334, 346, 361, 275, 384, 390, 394, 400, 406, 422, 433, 441, 456, 473, 476, 484, 486, 488, 496, 508, 522, 534, 539, 554, 566 e 578 de sua peça de defesa. Explica que pegou destes DAE a data do pagamento e o mês de referência e os lançou, respectivamente, na planilha denominada "Novo_Valor_ST", às fls. 598 a

615, nas colunas denominadas “Data Pgto” e “Mês Ref.”. Nesta planilha, explicam, foram incluídas as informações, data do pagamento (“Data Pgto”) e o mês de referência (“Mês Ref.”), constantes dos DAE anexados pela autuada e, sendo o caso, apurados os novos valores relativos ao ICMS devido por antecipação tributária. Após a inclusão dos dados aludidos, verificaram que:

- A) As notas fiscais de números 17286, 24463, 425338 e 425592 lançadas na planilha de apuração do ICMS antecipação tributária, gravada em meio magnético no CD constante do Anexo IX, no mês de agosto de 2015, tiveram o imposto pago no mês de julho deste mesmo ano, de modo que as excluiu da apuração relativa ao citado mês de agosto. Como consequência, deixou de existir valor recolhido a menor no multicitado mês de agosto de 2015 e, sendo assim, excluiu tal período das planilhas relativas à Infração 04 ora discutida;
- B) As notas fiscais de números 429151 e 429152 lançadas na planilha de apuração do ICMS antecipação tributária, gravada em meio magnético no CD constante do Anexo IX, no mês de setembro de 2015, tiveram o imposto pago no mês de agosto de 2015. Deste modo, excluiu os valores relativos às notas fiscais aludidas da apuração relativa ao citado mês de setembro, conforme pode ser visto na planilha denominada “Novo_Valor_ST”, às fls. 598 a 615, que apura novos valores relativos ao ICMS devido por antecipação tributária. Ainda, informa que as notas fiscais em tela, ao serem excluídas da apuração relativa ao mês de setembro de 2015, foram lançadas em agosto de 2015, sendo que, tal lançamento neste mês de agosto não resultou em recolhimento a menor do ICMS antecipação tributária;
- C) A nota fiscal 431747 lançada na planilha de apuração do ICMS antecipação tributária, gravada em meio magnético no CD constante do Anexo IX, no mês de outubro de 2015, teve o imposto pago no mês de setembro de 2015. Deste modo, informa que excluiu o valor relativo à nota fiscal aludida da apuração relativa ao citado mês de outubro e a lançou no mês de setembro de 2015, conforme pode ser visto na planilha denominada “Novo_Valor_ST”, às fls. 598 a 615, que apura os novos valores relativos ao ICMS devido por antecipação tributária.

Explicam, ainda, que, para todas as outras notas fiscais, não houve qualquer divergência entre a data do pagamento do imposto, e a data em que a mesma foi lançada na planilha que apura o ICMS devido por antecipação tributária, conforme pode ser visto na planilha denominada “Novo_Valor_ST”, às fls. 598 a 615, que apura os novos valores relativos ao ICMS devido por antecipação tributária.

Quanto à alegação de que, quando a Autuada já se encontrava autorizada a pagar, dia 25, o ICMS relativo à antecipação, os Autuantes consideraram no AI, sempre, como data de vencimento, o dia 09, contesta, afirmando que a assertiva carece de fundamento, eis que a fiscalização, como não poderia deixar de ser, considerou todos os pagamentos efetuados dentro de cada mês, conforme pode ser facilmente verificado ao se comparar o total mensal de ICMS recolhido, lançado no Anexo “V”, que apura o ICMS antecipação tributária recolhido a menor, com os recolhimentos efetuados pelo contribuinte a título de antecipação tributária que constam do sistema INC da SEFAZ/BA, conforme Anexo IV.

Concluída a análise, informam que elaboraram a planilha denominada “Novo_Valor_ST”, às fls. 598 a 615, que apura os novos valores relativos ao ICMS devido por antecipação tributária. Cotejando os valores apurados na planilha “Novo_Valor_ST”, às fls. 598 a 615, com os recolhimentos efetuados pelo contribuinte a título de antecipação tributária que constam do sistema INC da SEFAZ/BA, conforme Anexo IV, explica que a fiscalização apurou, no exercício de 2015 até junho de 2016, a ocorrência de recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária, conforme planilha à fl. 597.

Quanto a alegação de que foram incluídas, na apuração do ICMS devido por antecipação tributária, mercadorias isentas do imposto, destaca que a isenção é concedida na operação de venda, dos fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único do Convênio ICMS 87/02, para órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas, ou seja, para que a operação seja amparada pela isenção é necessário, além

da especificidade das mercadorias, que um dos envolvidos na operação seja órgão da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal ou as suas fundações públicas. No presente caso, afirma que as operações sobre as quais se exige o imposto não envolvem, em nenhum momento, órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal ou as suas fundações públicas. Ademais, tratando do lançamento do imposto devido por antecipação tributária quando da aquisição das mercadorias em outras unidades da Federação, o § 4º do artigo 8º da Lei 7.014/96 diz que o imposto por antecipação tributária será devido na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembarque aduaneiro. Ou seja, o imposto devido por antecipação tributária quando da aquisição de mercadorias enquadradas neste regime de apuração, como é óbvio, é devido na entrada das mesmas no Estado da Bahia e não quando da sua venda. Sendo assim, conclui que não há que se falar em isenção no caso ora discutido, de modo que não pode acatar o que pede a autuada.

Concluída a análise da defesa da autuada, explica que a fiscalização acatou parte do que foi pedido relativamente à Infração 04. Quanto às demais infrações, alega que não encontrou, na peça de defesa apresentada, fato ou fundamento que as elidam. Deste modo, pede que sejam mantidos os lançamentos do presente Auto de Infração, com a modificação relativa à Infração 04, julgados procedentes.

Às folhas 619/630, o Sujeito Passivo apresenta manifestação, aduzindo o que segue.

Alega que o ato praticado, cuja intimação se encontra assinada por respeitável técnica da CPPAF, não encontra amparo nos Arts. 130 e 131, do RPAF, que limitam os atos de “preparo do PAF”, antes do seu encaminhamento ao CONSEF. Alega que a concessão de “VISTAS”, especialmente com deliberação acerca do prazo a ser atendido, é da competência exclusiva do Relator (primeira ou segunda instância), nos termos do art. 137 e, especialmente, 138, § 1º, ambos do RPAF, que definirá, já instruindo o processo, se o caso é de “vistas” (10 dias) ou de “reabertura do prazo de defesa” (60 dias). Assim, defende que não cumpre à INFRAZ a análise do PAF e a adoção de qualquer ato de instrução. Ensina que, à INFRAZ, compete apenas o “PREPARO do PAF”, nos limites estabelecidos pelo art. 131, do RPAF, onde não se encontra atribuição de competência para “concessão de vistas” ou “reabertura do prazo de defesa”, tudo em harmonia com o art. 45, do Regimento Interno do CONSEF. Isso porque, explica, o ato é inerente à instrução (e não ao preparo) do PAF.

Portanto, requer que o ato praticado pela INFRAZ seja declarado nulo e que o PAF seja imediatamente encaminhado ao CONSEF, cuja Secretaria adotará as medidas cabíveis, visando à formação, distribuição e instrução do PAF. Feito isso, pede ao Sr. Relator que avalie se o caso é de “concessão de vistas” ou de “reabertura do prazo de defesa”, determinando a expedição da intimação pertinente. Assim, solicita, de logo, a reabertura do prazo de defesa (60 dias), ante as alegações trazidas na “informação”, inclusive sobre cálculos e forma de apuração, que não constavam da acusação (ex: fls. 1602 a 1604).

PRELIMINARMENTE, reitera o pleito de nulidade das infrações 03 e 04, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa – art. 18, II e IV, “a”, do RPAF. Nesse sentido, reitera os seus argumentos, já aduzidos quando da apresentação de sua petição impugnatória.

NO MÉRITO, igualmente, reproduz os detalhados argumentos apresentados em sua peça defensiva.

Pede deferimento.

Às folhas 790/793, os autuantes prestam uma nova informação fiscal, oportunidade em que apenas reiteram os seus argumentos.

Às folhas 798/799, a 5ª JJF deliberou por converter o processo em diligência, à Astec/Consef, com vistas a adoção das seguintes providências.

“DA DILIGÊNCIA A CARGO DE REVISOR FISCAL DA ASTEC CONSEF

Infração 01 — Deverá o revisor em relação a esse item da autuação refazer a conta corrente fiscal do ICMS

dos meses dessa ocorrência, emitindo parecer técnico no sentido de indicar se houve efetivamente o lançamento e o aproveitamento econômico-financeiro dos créditos fiscais objeto das glosas. Certificar ainda se procede o argumento defensivo de que os créditos fiscais considerados indevidos não foram objeto de compensação na conta corrente fiscal.

Infração 03 — Deverá o diligente da ASTEC revisar os valores apurados no livro RAICMS (Registro de Apuração do ICMS) e os pagamentos efetuados pelo contribuinte em relação às competências de ago, out, nov e dez de 2015 e fev, mar, abr e mai de 2016, visando atestar, no parecer técnico, se remanesce neste item da autuação valores a serem exigidos no Auto de Infração em lide.

Infração 04 — O revisor da ASTEC deverá intimar o contribuinte ou seu representante legal para que apresente os documentos no original que dão suporte ao Anexo da defesa no tocante a essa cobrança. Em seguida, deverão ser confrontados os pagamentos efetuados pelo sujeito passivo com os respectivos documentos fiscais de aquisição de medicamentos. O diligente deverá revisar os recolhimentos que ocorreram ao longo dos meses objeto da autuação (ago / 2015 a jun / 2016), abrangendo os períodos em que a empresa estava credenciada ou não para pagamento do imposto com prazo, correspondente ao dia 25 do mês subsequente às operações. Ao final o revisor da ASTEC deverá declarar se remanescem neste item da autuação valores a serem exigidos, ou seja, valores que não foram recolhidos antes do lançamento de ofício. Considerar no cálculo dessa revisão os valores (pagamentos) que já foram excluídos pelos autuantes na peça de informação fiscal prestada às fls. 588 a 569 do PAF.

Em seguida deverá ser concedido ao contribuinte e ao autuante prazo de 10 (dez) para que possam apresentar manifestação escrita no processo.

DO RELATÓRIO DAS ATIVIDADES INERENTES À DILIGÊNCIA

QUANTO À INFRAÇÃO 01:

a) refazer a conta corrente fiscal do ICMS dos meses dessa ocorrência, emitindo parecer técnico no sentido de indicar se houve efetivamente o lançamento e o aproveitamento econômico-financeiro dos créditos fiscais objeto das glosas.

b) certificar se procede o argumento defensivo de que os créditos fiscais considerados indevidos não foram objeto de compensação na conta corrente fiscal.”

Às folhas 802/807, foi cumprida a diligência solicitada, mediante a emissão do Parecer Astec nº 0045/2019, com as considerações a seguir.

RESULTADO DILIGÊNCIA INFRAÇÃO 01:

Quanto à Infração, explica que, feitas as verificações pertinentes ao quanto solicitado, constatou que houve crédito apenas em relação as notas fiscais nº 57405, de 08/05/2015, no valor de R\$ 272,00; 57426, de 12/05/2015, no valor de R\$ 27,20; 57435, de 13/05/2015, no valor de R\$ 81,60, totalizando, em maio/15, R\$ 380,80 e nota fiscal nº 37233, de 04/05/2016, no valor de R\$ 44,18, de modo que, em relação aos demais meses autuados, conclui que assiste razão à defesa. Acosta demonstrativo de crédito indevido à folha 803 (frente e verso).

Informa que foi verificado, a partir dos livros fiscais da empresa, EDF's apensadas por esta no CD à fl. 584, que, em maio de 2015, o saldo devedor do ICMS a recolher foi de R\$ 462,16, e em maio de 2016 resultou em saldo credor de R\$ 772,33, de modo que a conclusão é de que houve aproveitamento financeiro em relação ao crédito glosado apenas no mês de maio de 2015, enquanto que no mês de maio de 2016, após o cômputo do recolhimento a título de antecipação parcial no valor de R\$ 928,26 e dedução do valor do crédito indevido apurado pelo autuante de R\$ 44,18, informa que apurou saldo credor no valor de R\$ 728,15, denotando que, no mês de maio/16, não houve aproveitamento financeiro, conforme demonstrativo anexado à folha 803, verso.

RESULTADO DA DILIGÊNCIA QUANTO À INFRAÇÃO 03:

Explica que, a partir de pesquisa no Portal de Sistemas da SEFAZ-BA – INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE– INC/Arrecadação, apurou os recolhimentos referentes ao período autuado, apresentado em tabela, às folhas 803 (verso) /804.

Com base nesses recolhimentos colhidos do sistema da SEFAZ e dos dados da movimentação de entradas e saídas de mercadorias constantes dos livros fiscais da Impugnante, conforme constam das EFD's, às fls. 631 a 696, informa que refez a apuração da conta corrente do período autuado chegando ao resultado que apresenta em demonstrativo à folha 804, oportunidade em que reduz o

valor lançado para R\$ 3.495,65.

RESULTADO DA DILIGÊNCIA EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO 04

Explica que, tendo em vista a rotina extensa de atividades envolvendo a diligência em relação à infração 04, passa a abordar, separadamente, cada item solicitado, conforme segue.

i. *"intimar o contribuinte ou seu representante legal para que apresente os documentos no original que dão suporte ao Anexo da defesa no tocante a essa cobrança."*

Explica que considerou desnecessária a intimação para a apresentação dos documentos originais porque analisando os anexos apresentados pela defesa:

- DAE'S: a) constatou que constam da base de dados da SEFAZ, os quais foram colhidos conforme arquivo eletrônico e listagem impressa, em anexo, que sopesados com as cópias apresentadas pela defesa confirmaram a veracidade destes; b) nas cópias dos referidos DAE's, informa que é possível verificar a discriminação dos documentos fiscais a que se refere cada recolhimento;

- NOTAS FISCAIS: verificou que constam do demonstrativo do autuante, e tiveram seus dados minudentemente discriminados no demonstrativo do levantamento fiscal em questão, de forma a permitir a vinculação do valor exigido com cada cópia dos DAE's apresentado pela defesa e confirmado pelo sistema de controle da SEFAZ constante do PORTAL DE SISTEMAS – INC.

ii. *"Em seguida, deverão ser confrontados os pagamentos efetuados pelo sujeito passivo com os respectivos documentos fiscais de aquisição de medicamentos."*

Inicialmente, constatou que, a despeito de o levantamento efetuado pelo autuante ter levado em consideração o cálculo do ICMS devido realizado nota a nota, olvidou-se em identificar as eventuais diferenças individualizadas, ou seja, por nota (conforme requisitado nesta diligência), pois o que fez foi comparar o total mensal do imposto por ele calculado (soma do ICMS devido computado todas as notas fiscais), com o total recolhido no mês pela Impugnante. Ou seja, não vinculou o valor recolhido por cada DAE com o ICMS devido pela soma das notas fiscais a que se referia o respectivo DAE.

Em cumprimento à diligência em destaque, informa que fez uma correlação, em uma amostragem, de cada DAE apresentado pela defesa com as respectivas notas fiscais objeto da autuação, concluindo que, nos meses de agosto a outubro de 2015, período em que se concentrou a amostra examinada, de fato assiste razão à defesa, haja vista que não foram apurados erros de cálculo na amostra e sim um documento fiscal de entrada nº 427837, referente a setembro; e sete notas fiscais nºs 374474, 375134, 375201, 71725, 126598, 834592 e 836432, referentes a outubro/15, que deixaram de ser computados pela Impugnante para fim de seu cálculo de antecipação tributária.

Informa que restou também constatado que essas omissões de recolhimento da antecipação tributária, conforme planilha do próprio autuante, representam, em setembro/15, o valor de R\$ 1.395,44, e, em outubro/15, o valor de R\$ 6.890,61, conclusão alcançada a partir de planilha demonstrativa que anexa às folhas 805/806.

Deste modo, considerando que o exame realizado conforme amostragem acima, ficaram demonstrados indícios de que existe pertinência nas alegações defensivas. Considera que, para se apurar o valor realmente devido, faz-se necessário estender este comparativo nota a nota com os seus respectivos DAE's de recolhimento, conforme executado na amostra acima, para todo o levantamento fiscal, pois não foi executado originalmente pelo autuante. Por isso, sugere que o processo seja enviado ao fiscal autuante para que sejam feitas as verificações pertinentes na forma acima demonstrada, ou seja, sopesando cada nota ou grupo de notas com o seu respectivo DAE de recolhimento.

CONCLUSÃO

Atendidas todas as solicitações da diligência encaminhadas, informa que os arquivos pertinentes às verificações e cálculos estão apensos a este relatório, impressos e em arquivo eletrônico editável, tendo chegado às seguintes constatações:

Em relação à diligência solicitada acerca da **Infração 01**, após as verificações realizadas a partir dos seguintes documentos:

- informações constantes da planilha elaborada pelo autuante relativa à infração 01, denominada “Crédito_Indevido_Mercadorias_ST_Lista_Notas_Fiscais_Item”, que consta do CD anexado à fl. 55;
- cópias dos LIVROS FISCAIS DE ENTRADAS 2015 (fls. 651 a 666), e 2016 (fls. 684 a 699);
- LIVROS FISCAIS DE APURAÇÃO, 2015 (fls. 631 a 650) e 2016 (fls. 667 a 682);
- pesquisa no Portal de Sistemas da SEFAZ-BA – INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE – INC (DMA).

Constatou que houve crédito apenas as notas fiscais nº 57405 de 08/05/2015 no valor de R\$ 272,00; 57426 de 12/05/2015 no valor de R\$ 27,20; 57435 de 13/05/2015 no valor de R\$ 81,60, totalizando em maio/15 R\$ 380,80 e nota fiscal nº 37233 de 04/05/2016 no valor de R\$ 44,18, de modo que em relação aos demais meses autuados não apurou aproveitamento do crédito registrado nas EFDs.

No que tange à **Infração 03**, a partir de pesquisa no Portal de Sistemas da SEFAZ-BA – INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE – INC/Arrecadação, apurei os recolhimentos referentes ao período autuado, tanto do ICMS normal, quanto da Antecipação Parcial, refez a apuração do ICMS a recolher a partir dos dados da movimentação de entradas e saídas de mercadorias constantes dos livros fiscais da Impugnante a partir das cópias às fls. 631 a 696, e arquivos constantes do CD, à fl. 584, apresentado pela defesa, contendo sua escrituração fiscal EDF, refez a apuração da conta corrente do período autuado chegando ao resultado de que não constatou recolhimento a menos na apuração do ICMS a recolher das competências relativas aos meses de ago, out, nov e dez de 2015 e fev, mar, abr e mai de 2016. Tudo conforme demonstrativo de cálculo apresentado.

De pertinência à **Infração 04**, constatou que, a despeito do levantamento efetuado pelo autuante ter levado em consideração o cálculo efetuado nota a nota, olvidou-se em identificar as eventuais diferenças individualizadas por nota fiscal em relação ao efetivo recolhimento.

Em cumprimento a diligência em destaque, informa que fez uma correlação, em uma amostragem, de cada DAE apresentado pela defesa com as respectivas notas fiscais objeto da autuação, concluindo que, nos meses de agosto a outubro de 2015, período em que se concentrou a amostra examinada, de fato, assiste razão à defesa, haja vista que não foram apurados erros de cálculo na amostra e sim um documento fiscal de entrada nº 427837, referente a setembro; e sete notas fiscais nºs 374474, 375134, 375201, 71725, 126598, 834592 e 836432 referentes outubro/15, que deixaram de ser computados pela Impugnante para fim de seu cálculo de antecipação tributária.

Restou também constatado que essas omissões de recolhimento da antecipação tributária, conforme dados da planilha do próprio autuante, representam em setembro/15 o valor de R\$ 1.395,44, e em outubro/15 o valor de R\$ 6.890,61.

Considera restar evidenciado que o trabalho realizado na amostra adotada nesta diligência deve ser estendida aos demais meses autuados.

Às folhas 815/817, o Sujeito Passivo apresenta manifestação, reiterando todos os termos de sua defesa. Afirma que a metodologia adotada na diligência comprova que a autuação foi levada a efeito, quanto às infrações 03 e 04, com ofensa ao art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF/99. Ressalta que a própria Astec disse assistir razão à defesa, fortalecendo a tese esposada, no sentido da absoluta insegurança na apuração.

Registra que os valores da Infração 03, meses de março e maio de 2016, foram majorados, respectivamente de R\$ 1.578,85 para R\$ 2.064,73, e de R\$ 8,96 para R\$ 1.430,92. Pede que sejam observados os valores originalmente lançados.

Na Infração 04, ressalta que o valor apontado pelo autuante, à folha 597, para set/15, foi de R\$ 1.180,33 e não R\$ 1.395,44. Da mesma forma, indica que o valor lançado para out/15 foi R\$ 6.888,57 e não 6.890,61. Frisa que as demais importâncias foram excluídas pela Astec.

Ressalta ser importante atentar para os erros cometidos na autuação e atestados pela Astec, que inquinam de nulidade o lançamento.

Por fim, pede a nulidade dos itens 03 e 04, bem como a improcedência das ocorrências contestadas.

Às folhas 821/822, a 5ª JJF converteu o PAF em nova diligência, à Infaz de origem, com vista a que os autuantes procedessem à revisão dos meses de nov/15, jan/16, fev/16, mar/16, abr/16, mai/16 e jun/16, seguindo a mesma metodologia adotada na diligência da Astec, de forma a apurar os valores efetivamente devidos em cada período.

Pedi-se para elaborar planilha, detalhando, nota a nota, eventuais diferenças de ICMS não recolhidas pelo contribuinte para as operações de aquisição de mercadorias que compõem o item 04 do auto de infração.

Às folhas 826/846, foi cumprida a diligência solicitada por um dos autuantes, com as considerações que seguem.

Explica que a diligência determina que se revise a Infração 04, segundo o Parecer da ASTEC às fls. 802 a 807. Contudo, ao voltar ao dito parecer, percebeu que, ao tratar das infrações 01 e 03, o ilustre Auditor da ASTEC escorou toda a sua análise no Livro de Registro de Entradas - modelo 1-A, e no Livro de Registro de Apuração do ICMS - modelo 9, fls. 631 a 696. Informa que a fiscalização não intimou o contribuinte a apresentar tais Livros Fiscais, nem deles tomou conhecimento quando da análise da peça de defesa, eis que a autuada, no período fiscalizado, já estava obrigada à ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD e, sendo assim, toda a auditoria foi feita com base na dita EFD.

Após citar trechos do Parecer Astec, esclarece que, à época da ocorrência dos fatos geradores, o contribuinte poderia recolher o ICMS devido por antecipação tributária até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. Sendo assim, esta fiscalização tomou como mês de referência para apuração da antecipação tributária a data da entrada da mercadoria constante do Livro de Registro de Entradas da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Atendendo ao que determina a diligencia, informa que relacionou todos os DAE's apresentados pela defesa, fls. 81 a 583, e os inseriu na planilha. Explica que o resultado não difere daquele obtido quando prestou a Informação Fiscal, fls. 588 a 616, e não poderia ser diferente, eis que naquela ocasião fez o que ora se pede na presente diligência. Aqui, esclarece que a diferença entre o valor ora apurado para o mês de setembro de 2015 e o que consta da planilha da Informação Fiscal prestada, às fls. 588 a 616, deve-se a um erro na soma dos valores do ICMS antecipação tributária na planilha da citada Informação Fiscal. Acosta demonstrativos analíticos, às folhas 829/845.

Às folhas 848/850, o Sujeito Passivo apresenta manifestação, aduzindo o que segue.

Reitera, mais uma vez, todos os termos da defesa, ressaltando que a diligência extrapolou a determinação da Douta JJF, bem como novamente provoca cerceamento do direito de defesa.

Em primeiro lugar, observa que o demonstrativo ora apresentado deveria compor o lançamento e, assim sendo, a teor do art. 46, do RPAF, teria que ter sido entregue à Autuada na data que foi a mesma intimada da lavratura do Auto de Infração, tendo o contribuinte, se atendida essa regra, o prazo de defesa completo. Depois de quase 5 anos do lançamento, registra que a Autuada recebe aquilo que já deveria ter recebido, sendo-lhe concedido exíguo prazo de 10 dias. Diante dessa circunstância, de logo protesta pela nulidade da intimação sobre a qual ora se manifesta, solicitando, sob pena de nulidade de todo o PAF, por cerceamento do direito de defesa (ar. 18, inciso II, do RPAF), que seja reaberto o prazo de defesa.

Por outro lado, alerta que a JJF registrou, conforme fl. 821, que a ASTEC já havia indicado que a autuação “*tomou por base a comparação do total mensal do imposto calculado como o total recolhido no mês pela empresa autuada*”. Disse a ASTEC, ainda, com relação aos meses de agosto

a outubro de 2015, que “*constatou assistir razão aos argumentos apresentados pela defesa, visto não ter detectado erros de cálculo dentro dessa amostra*”. Em virtude disso, a ASTEC já havia dito que a Autuante, a despeito de ter realizado o levantamento fiscal nota a nota, “*olvidou-se de identificar as eventuais diferenças individualizadas também por nota fiscal*”.

Assevera que o erro persiste, pois, nos novos demonstrativos, não foram apresentados os cálculos, DAS DIFERENÇAS, POR NOTA FISCAL, e sim por DAE’s. Alega que a Autuante termina por fazer apuração insegura, similar àquela já apresentada e, especialmente, em desconformidade com a solicitação da JJF, pois o cálculo dos valores que a Autuante entendeu devidos foi feito nota por nota, mas as diferenças continuam a ser apresentadas de forma conjunta e sem registros individualizados sobre as supostas diferenças, e, mais ainda, sem qualquer explicação dos motivos que levaram a se concluir pelas divergências de valores.

Destaca que a ASTEC não vislumbrou erros nos cálculos feitos pela Autuada, apontando ser necessário que a Autuante apresentasse justificativas para as supostas diferenças. Defende que somente assim poderia exercer de forma plena a sua defesa, pois até o momento não entende, por exemplo, se tais diferenças, em comparativo de totais com DAE’s, são referentes a erro na MVA, na própria BC ou por ter sido incluídos produtos que não se encontram sujeitos à ST.

Argumenta que o lançamento, feito de forma genérica, não permite a apuração da infração, com ofensa, também, ao art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF. Alega que os itens 15 a 22, da peça defensiva, indicam inconsistências na autuação (referentes a alocação de datas, pagamentos antecipados/sem credenciamento, MVA’s, isenções etc.), que não foram contempladas na nova apuração. Afirma que, desde a defesa, juntou demonstrativos de suas apurações e documentos correlatos. Pediu uma isenta revisão, o que também não foi atendido.

Conclui que, como visto, a instrução do PAF não sustenta a acusação e a Autuada teve seu direito de defesa cerceado. Acaso não seja declarada a nulidade desta parte da autuação, ratifica o pedido de nova intimação e reabertura do prazo de defesa.

Às folhas 853/856, os autuantes prestaram nova informação fiscal, aduzindo o que segue.

Entendem totalmente descabida a alegação da defesa, eis que na descrição da Infração 04, fls.03, consta a informação de que todas as planilhas que a sustentam estão gravadas em meio magnético – CD constante do Anexo IX, cuja cópia foi fornecida à autuada conforme consta do TERMO DE ENTREGA DE DOCUMENTOS, à fl. 56.

Quanto à alegação de que a fiscalização “*olvidou de identificar as eventuais diferenças individualizadas também por nota fiscal*”, contrapõem-se, afirmando que a afirmação da autuada nos leva a pensar que não leu a Informação Fiscal que prestaram, às fls. 588 a 616, e, muito menos, o que consta do Parecer produzido por esta fiscalização, fls. 826 a 846, em virtude do pedido de diligência solicitada pela 5ª JJF do CONSEF. No dito Parecer, explica que a fiscalização inseriu na planilha que apura o ICMS devido por antecipação tributária duas colunas, sendo a primeira denominada “Ref. no DAE fls. 81 a 583”, que contém o Mês de Referência que consta nos DAEs anexados pela defesa, e a segunda coluna denominada “Valor DAE, fls. 81 a 583”, que contém o valor dos ditos DAE’s, ao tempo em que associou cada DAE às notas fiscais que estão relacionadas no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES do mesmo. Ou seja, a citada planilha, fls. 829 a 845, individualiza a apuração do ICMS devido por antecipação tributária por nota fiscal e por DAE apresentado pela defesa, fls. 62 a 584.

Quanto à alegação de que “... o cálculo dos valores que a Autuante entendeu devidos foi feito nota por nota, mas as diferenças continuam a ser apresentadas de forma conjunta e sem registros individualizados sobre as supostas diferenças, ...”, afirma que a análise da planilha que esta fiscalização produziu, fls. 826 a 846, em virtude do pedido de diligência solicitada pela 5ªJJF do CONSEF, como já dito anteriormente, traz o cálculo do imposto devido por antecipação tributária por cada nota fiscal, e permite associar o valor recolhido em cada DAE apresentado pela defesa (fls. 62 a 584) às notas fiscais que constam do seu campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES. Entende, portanto, que são totalmente vazias as alegações trazidas pela autuada.

Quanto ao pedido de que a fiscalização apresente “... justificativas para as supostas diferenças”, contrapõe-se, argumentando que as diferenças apuradas pela fiscalização se devem ao fato de ter a autuada recolhido os valores do ICMS devido por antecipação tributária, em montantes inferiores àqueles devidos. Ressalta que, como já dito no corpo do auto de Infração em tela, a apuração do ICMS devido por antecipação tributária foi feita com base na metodologia prevista no Convênio 76/94 e, sendo o contribuinte signatário do Termo de Acordo do Decreto 11.872/09, foi concedida a redução da base de cálculo de 28,53%.

Quanto à alegação de que “*o lançamento, feito de forma genérica, não permite na apuração da infração, com ofensa, também, ao art.18, inciso IV, “a”, do RPAF*”, afirma ser totalmente descabida tal alegação, como pode facilmente ser visto na planilha, às fls. 829 a 845.

Quanto à alegação de cerceamento do direito de defesa, esclarece que todas as peças que compõem o presente Auto de Infração constam do CD que está no Anexo IX, cuja cópia foi entregue à autuada, em 06/10/2016, conforme Termo de Entrega de Documentos, à fl. 56. Além disso, informa que a autuada apresentou sua defesa, fls. 62 a 584, em 05/12/2016, quando discorreu, em detalhes, sobre todas as infrações constantes do presente Auto de Infração, demonstrando que teve total acesso a todos os dados da presente autuação.

Concluída a análise da manifestação da autuada, e não tendo encontrado qualquer elemento que possa modificar o seu posicionamento, informa que mantém integralmente o que expôs quando da Informação Fiscal, fls. 588 a 616, em virtude da defesa originalmente apresentada.

Às folhas 860/861, a 5ª JJF deliberou por converter o PAF em nova diligência, à Astec, para que revise, na íntegra, todos os meses que compõem a Infração 04, adotando a mesma metodologia aplicada no Parecer 0045/2019 (folhas 802/807).

Dado o retorno do PAF sem cumprimento da diligência solicitada, a 5ª JJF deliberou (folhas 865/867) por novo encaminhamento do PAF à Astec.

Às folhas 870/871, o contribuinte apresenta nova manifestação, apenas reiterando as arguições já suscitadas.

Às folhas 879/887, consta o Parecer Astec nº 04/2023, emitido em atendimento à solicitação de diligência, com as seguintes considerações.

Relata, o diligente, que, ao desenvolver os trabalhos de diligência, em conformidade com os termos do pedido do Senhor Relator, às fls. 865-867 dos autos, realizou os seguintes procedimentos, os quais passa a relatar:

Quanto ao pedido para “*Intimar a empresa autuada, através de seu representante legal, para que apresente os documentos no original que deram suporte ao Anexo da peça defesa, no tocante à Infração 04, contestada com o argumento de que inexistem as diferenças de recolhimento do imposto apontadas pelos autuantes*” esclarece, inicialmente, que, para dar um melhor suporte ao pedido de intimação, elaborou um demonstrativo analítico das notas fiscais relativas à Infração 04, correlacionando cada DAE apresentado pela defesa e confirmado pelo sistema de controle da SEFAZ, constante do PORTAL DE SISTEMAS - INC, com as respectivas notas fiscais objeto da autuação (Apêndice I), fls. 888-896. Utilizando-se da mesma metodologia aplicada no Parecer no 0045/2019 (fls. 802 a 807), ou seja, cotejando todas as notas fiscais, objetos da autuação, de forma individualizada, com os seus respectivos DAE’s, explica que não foi possível identificar, a princípio, os comprovantes de recolhimento (DAE’s) de 52 itens, descritos no relatório Apêndice II, acostado à folha 881.

Assim, partindo dessa análise e considerando o que foi solicitado neste quesito da diligência, informa que intimou o contribuinte para que apresentasse os documentos no original (DAE’s) e justificativas que deram suporte ao Anexo da peça defesa, das notas fiscais acima (Apêndice II), responsáveis pelas diferenças de recolhimento do imposto apontadas pelos autuantes.

Em atenção à mencionada intimação, informa que o contribuinte apresentou, via e-mail, arquivos

magnéticos, nos formatos em PDF, contendo os documentos e petição, os quais se encontram gravados em mídia de CD (Apêndice D, fl. 897) e em meio físico através do protocolo nº 006457/2023-5, anexado aos autos, fls. 865-875.

Na sequência, passa então a dissertar sobre as providências solicitadas pela 5ª JJF no presente quesito do pedido de Diligência.

Da análise e identificação individualizada dos documentos de recolhimento da antecipação tributária (DAE's) de cada item, com suas respectivas notas fiscais, nota por nota (Apêndice I), constatou que, dos 598 itens, objetos da autuação, 52 deles não tiveram seus documentos de arrecadação identificados, Apêndice II.

Após identificar as eventuais diferenças de forma individualizada, ou seja, nota por nota (conforme requisitado nesta diligência), informa que intimou o contribuinte, através de seu representante legal, para que apresente os documentos no original que comprovassem os recolhimentos da antecipação tributária dos 52 itens descritos no Apêndice II, anexado à intimação.

Em atendimento à mencionada intimação, gravados em mídia de CD, fl. 897 dos autos, informa que o contribuinte apresentou, em sua defesa, apenas o pagamento/recolhimento do DAE de nº 1504337194, referente a 2 itens de nota fiscal nº 427837 (02/09/2015) no valor de R\$ 1.395,44, deixando de apresentar os comprovantes de arrecadação (DAE's) dos 50 itens restantes solicitados no pedido de intimação.

Quando ao pedido de “realizar o confronto dos pagamentos efetuados pelo sujeito passivo com os respectivos documentos fiscais de aquisição de medicamentos revisando também os recolhimentos que ocorreram ao longo de todos meses objeto da autuação (ago/2015 a jun/2016), abrangendo, inclusive, os períodos em que a empresa estava credenciada ou não para pagamento do ICMS antecipação por ST com prazo, correspondente ao dia 25 do mês subsequente às operações”, informa que, em cumprimento ao que foi solicitado neste quesito, realizou o confronto dos pagamentos efetuados pelo sujeito passivo com os respectivos documentos fiscais de aquisição de todos os itens/medicamentos, objeto da autuação, de maneira individualizada, ao longo de todos meses, ou seja, de ago/2015 a jun/2016, observando, inclusive, os prazos em que a empresa estava credenciada ou não, para pagamento do ICMS antecipação por ST.

Do resultado dessa diligência, explica que foi elaborado o Apêndice I, fls. 888-896, sendo verificadas as seguintes situações:

- Não comprovação do pagamento da antecipação tributária de 50 itens, conforme dados da planilha descrita no Apêndice II acima, uma vez que foram excluídos 2 itens de nota fiscal nº 427837 (02/09/2015) no valor de R\$ 1.395,44 do DAE de nº 1504337194, apresentado pelo contribuinte em atendimento à intimação, fls. 877-878 dos autos;
- Recolhimento a menor do imposto por antecipação tributária de outros 17 itens, do total dos 598 itens/medicamentos, objetos da autuação, que tiveram o crédito aproveitado pelo contribuinte apesar das notas fiscais de entrada não apresentarem o destaque do imposto, conforme relatório Apêndice III, acostado à folha 883.

A título exemplificativo, apresenta, à folha 884, imagem do registro da nota fiscal eletrônica nº 271284, destacada no Apêndice III, onde se observa que não há destaque do ICMS na NF nº 271284, motivo pelo qual foi tributada integralmente pelo autuante, diferentemente do procedimento adotado pelo contribuinte no recolhimento do imposto por antecipação tributária.

Ressalta que foram feitas verificações em todas as notas relacionadas no Apêndice III, sendo observado o mesmo resultado do exemplo anterior para a NF nº 271284, ou seja, as demais notas fiscais também não apresentaram o destaque de ICMS.

Quanto ao pedido de que “na revisão fiscal deverá ser considerado também o período avaliado pelo diligente anterior da ASTEC que alcançou os meses de agosto a outubro de 2015”, explica

que o confronto dos pagamentos efetuados pelo sujeito passivo com os respectivos documentos fiscais de aquisição de medicamentos, isto é, toda a revisão fiscal, utilizando-se da mesma metodologia aplicada no Parecer no 0045/2019 (fls. 802 a 807), foi realizada ao longo de todos meses, objeto da autuação, incluindo o período de ago/2015 a out/2015 avaliado pelo diligente anterior da ASTEC, conforme demonstrativo Apêndice I, fls. 888-896.

Por fim, em cumprimento à diligência em destaque, apresenta, à folha 885, o novo demonstrativo de débito com a totalização das importâncias apuradas em cada mês, o que reduz o valor lançado para R\$ 125.005,90.

Diante do acima exposto, considerando cumprida a diligência solicitada pela 5ª JJF, às fls. 864-868, dentro dos limites de competência estabelecidos pelo regimento deste CONSEF para os diligentes da ASTEC, cujos resultados e documentos estão contidos em disco de armazenamento de dados (CD) deste Parecer, fls. 897, o Diligente concluiu que:

Quanto ao pedido para “*Intimar a empresa autuada, através de seu representante legal, para que apresente os documentos no original que deram suporte ao Anexo da peça defesa, no tocante à Infração 04, contestada com o argumento de que inexistem as diferenças de recolhimento do imposto apontadas pelos autuantes*”, afirma que a solicitação foi plenamente atendida na medida que intimou o contribuinte para que apresentasse os documentos no original (DAE’s) e justificativas que deram suporte ao Anexo da peça defesa, das notas fiscais apresentadas no Apêndice II, deste parecer, responsáveis pelas diferenças de recolhimento do imposto apontadas pelos autuantes. No entanto, em atendimento à intimação, gravados em mídia de CD, fl. 897 dos autos, o contribuinte apresentou em sua defesa apenas o pagamento/recolhimento do DAE de nº 1504337194, referente a 2 itens de nota fiscal nº 427837 (02/09/2015) no valor de R\$ 1.395,44, deixando de apresentar os comprovantes de arrecadação (DAE’s) dos 50 itens restantes solicitados no pedido de intimação.

Quanto ao pedido para “*Realizar o confronto dos pagamentos efetuados pelo sujeito passivo com os respectivos documentos fiscais de aquisição de medicamentos revisando também os recolhimentos que ocorreram ao longo de todos meses objeto da autuação (ago/2015 a jun/2016), abrangendo, inclusive, os períodos em que a empresa estava credenciada ou não para pagamento do ICMS antecipação por ST com prazo, correspondente ao dia 25 do mês subsequente às operações*”, afirma que a solicitação foi integralmente atendida tendo em vista que foi realizado o confronto de todos os pagamentos efetuados pelo sujeito passivo com os respectivos documentos fiscais de aquisição de todos os itens/medicamentos, objeto da autuação, de maneira individualizada, ao longo de todos meses (ago/2015 a jun/2016), tendo como resultado dessa diligência, o Apêndice I, fls. 888-896. E, com base nessas informações, pode-se observar que: a) Não houve comprovação de recolhimento da antecipação tributária de 50 itens da relação apresentada na planilha do Apêndice II, deste parecer, já que foi informado pelo contribuinte apenas o DAE de nº 1504337194 referente a 2 itens de nota fiscal nº 427837 (02/09/2015) no valor de R\$ 1.395,44 em atendimento à intimação, fls. 877-878 dos autos; b) O recolhimento do imposto por antecipação tributária de outros 17 itens, do total dos 598 itens/medicamentos, objetos da autuação, realizado pelo contribuinte ocorreu em razão do mesmo ter considerado como crédito fiscal, para abater do imposto devido, o valor do ICMS que não estava destacado nas notas fiscais de entradas. Critério esse diverso do adotado pelo autuante, que calculou o imposto sem abater o valor do ICMS por não estar destacado nas notas fiscais.

Quanto ao pedido para “*Na revisão fiscal deverá ser considerado também o período avaliado pelo diligente anterior da ASTEC que alcançou os meses de agosto a outubro de 2015*”, explica que esta solicitação também foi plenamente atendida, pois foi considerado todo o período avaliado pelo diligente anterior e que alcançou os meses de agosto a outubro de 2015. Vide Apêndice I

Quanto ao pedido para “*O processo só deverá retornar a esta Relatoria após o integral cumprimento da diligência. Caso remanesçam valores a serem exigidos em relação ao item 04 da autuação, o revisor da ASTEC deverá apresentar novo demonstrativo com a totalização das*

importâncias apuradas em cada mês”, afirma que, em atenção ao atendimento desse quesito da diligencia, foi elaborado um novo demonstrativo de débito, com a totalização das importâncias apuradas em cada mês, o que resultou num novo valor total de R\$ 125.005,90 do ICMS Antecipação Tributária a recolher.

As folhas 901/903, o Sujeito Passivo apresenta manifestação, aduzindo o que segue.

Reitera que a informação prestada pela Autuada, de fl. 70, disse respeito à totalidade das operações realizadas sujeitas à incidência do ICMS e, consequentemente, ao regime de ST. A acusação é de “recolhimento a menor, por antecipação”, tendo a Autuada alegado que as diferenças não foram apontadas/individualizadas, pois as operações não foram analisadas individualmente. Apenas supostos “totais devidos” foram apresentados e levados em confronto com “totais pagos”.

Pontua que a Egrégia ASTEC, como consta à fl. 821, já havia indicado que a autuação “*tomou por base a comparação do total mensal do imposto calculado como o total recolhido no mês pela empresa autuada*”. Disse, a ASTEC, ainda, com relação aos meses de agosto a outubro de 2015, que “*constatou assistir razão aos argumentos apresentados pela defesa, visto não ter detectado erros de cálculo dentro dessa amostra*”. Aliás, a valiosa ASTEC já havia dito que a Autuante, a despeito de ter realizado o levantamento fiscal nota a nota, “*olvidou de identificar as eventuais diferenças individualizadas também por nota fiscal*”.

Novamente, destacando que a ASTEC não vislumbrou erros nos cálculos feitos pela Autuada, necessário seria que fossem apresentadas justificativas para as supostas diferenças, o que até o momento não se tem notícia. Pelo contrário, no que se refere a 50 notas fiscais, ora apontadas, que correspondem ao período de setembro de 2015 a junho de 2016, a Douta ASTEC, agora, diz que os pagamentos não foram realizados, o que importa em modificação do fulcro da autuação, de “*pagamento a menor*” para “*falta de pagamento*”.

Alega que, desde o início da demanda, a Autuada vem afirmando que somente com a apresentação da demonstração analítica dos fatos poderia exercer de forma plena sua defesa. Para isso, precisava conhecer as origens das supostas “*diferenças nos pagamentos*”, se tais diferenças seriam referentes, por exemplo, a erro na MVA, na própria BC e por inclusão de produtos que não se encontravam sujeitos à ST. O que se vê, somente agora, é que a autuação não decorreu de apuração de diferenças nos pagamentos realizados e sim da “*falta de pagamento*”, o que alega serem situações distintas (como aliás já havia vislumbrado o Nobre Relator da JJJ). Afirma que a alteração da causa de pedir é clara e não pode ser levada a efeito, pois a Autuada não foi instada a se defender sobre a motivação de não pagar a ST sobre determinadas operações/mercadorias, mas foi intimada para contestar supostas “*diferenças de cálculos*”, o que vê agora que não aconteceu. Alega que os cálculos foram realizados pela Autuada de maneira correta. A exigência, em verdade, não se reporta a “*erros de cálculo/pagamentos a menor*” e sim a “*falta de pagamento sobre determinadas mercadorias*”.

Volta a informar que a Autuada comercializa uma série de produtos ISENTOS, em consonância com o Convênio nº 87/2002 (alterações pelo Convênio nº 145/13), que são vendidos para órgãos da administração pública. Alega que, se a acusação tivesse sido feita corretamente, desde o início, a autuação seria por FALTA DE PAGAMENTO DE ANTECIPAÇÃO. E as operações sobre as quais a Autuada deixou de pagar antecipadamente o ICMS/ST são justamente aquelas realizadas com produtos sujeitos a isenção do imposto, conforme planilha anexa. Assevera que não houve “*pagamento a menor*” e sim “*ausência de pagamento*”, pois os produtos se encontravam sob a égide da NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS, conforme Convênio 87/2002 (e alterações – Convênio 145/13), mas a Autuada não foi intimada para se defender dessa acusação.

Ressalta que os vícios na acusação são inegáveis, pelo que a Autuada ratifica o pedido de nulidade do lançamento, no que concerne à Infração 04, fundamentada no art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF.

À folha 909, os autuantes se manifestam, oportunidade em que afirmam que a manifestação da

autuada é uma mera repetição do que a defesa apresentou anteriormente.

Esse é o relatório.

VOTO

Considerando que as arguições de nulidade possuem correlação apenas com as infrações 03 e 04, deixo para examiná-las quando do julgamento do mérito das infrações citadas, passando, neste momento, a abordar cada uma das acusações, conforme segue.

A Infração 01 foi descrita como “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que, a despeito de figurarem na EFD, não houve a efetiva apropriação dos créditos, já que não foram os mesmos utilizados para efeito de dedução sobre quaisquer operações.

A fiscalização mantém o lançamento, afirmando que as alegações defensivas não possuem amparo no Livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte.

Convertido o processo em diligência, à Astec, o auditor designado emitiu o Parecer Astec nº 0045/2019, oportunidade em que conclui o seguinte: “... feitas as verificações pertinentes ao quanto solicitado, constatou que houve crédito apenas em relação as notas fiscais nº 57405, de 08/05/2015, no valor de R\$ 272,00; 57426, de 12/05/2015, no valor de R\$ 27,20; 57435, de 13/05/2015, no valor de R\$ 81,60, totalizando, em maio/15, R\$ 380,80 e nota fiscal nº 37233, de 04/05/2016, no valor de R\$ 44,18, de modo que, em relação aos demais meses autuados, conclui que assiste razão à defesa”.

Assim, acolho o opinativo emitido por preposto da Astec (Parecer nº 0045/2019) e julgo a Infração 01 procedente em parte, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
mai/15	380,80
jul/15	0,00
ago/15	0,00
set/15	0,00
nov/15	0,00
dez/15	0,00
mar/16	0,00
abr/16	0,00
mai/16	44,18
TOTAL	424,98

Quanto à Infração 02, a conduta autuada foi descrita como “*Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que os produtos autuados gozam de isenção do ICMS, na medida em que a Autuada se dedica à venda exclusiva a hospitais públicos (órgãos públicos), na forma do art. 264, inciso XXXIV, do RICMS (Convênio 87/02 e alterações).

A fiscalização não acolheu as razões defensivas, alegando que os produtos são tributados normalmente, não havendo porque se fazer qualquer reparo ao lançamento em tela.

Embora o Sujeito Passivo alegue isenção das mercadorias autuadas, peca por falta de especificação.

Examinando o demonstrativo de débito (folhas 20/22), é possível constatar que as mercadorias autuadas possuem os seguintes códigos de NCMs e respectiva descrição: “3304.9910” (ácidos graxos), “2712.1000” (vaselina sólida), “3401.3000” (cetaphil) e “3304.9990” (bloqueador solar).

O Convênio ICMS 87/02 (citado pelo Sujeito Passivo) concede isenção apenas às operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos públicos, conforme ementa abaixo.

“Concede isenção do ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos da

Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal.”

Além de não se enquadrarem como tal (medicamentos), as mercadorias comercializadas possuem NCMs que não encontram previsão de isenção no Convênio citado, o que afasta, por completo, a pretensão do Sujeito Passivo haja vista a necessidade de haver a dupla identidade, entendimento já sedimentado na jurisprudência deste Conselho de Fazenda.

Do exposto, entendo que a Infração 02 se encontra caracterizada. Infração 02 procedente.

Quanto à Infração 03, a conduta autuada foi descrita como “*Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o (s) valor (es) do imposto recolhido e escriturado na apuração do imposto*”. Consta ainda que “*as DMA relativas aos meses citados contem valores divergentes daqueles lançados no Livro de Registro e Apuração do ICMS*”.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando nulidade desta infração ao argumento de que houve um verdadeiro refazimento da conta corrente fiscal, não compatível com a acusação e, assim, prejudicando o regular exercício do direito de defesa e, ainda, atribuindo insegurança na caracterização do fato. No mérito, alega inexistirem divergências.

A fiscalização não acolhe os argumentos empresariais, asseverando que os valores a débito e a crédito, os saldos apurados e os valores do ICMS a recolher foram extraídos do Livro de Registro e Apuração do ICMS do contribuinte.

Examinando as EFDs do Sujeito Passivo e as confrontando com o demonstrativo de débito da Infração 03, acostado à folha 24, é possível notar que não houve refazimento da escrita fiscal da empresa, mas apenas a transcrição dos valores lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS, pertencente ao contribuinte, sem qualquer alteração por parte do fisco.

De fato, os valores apurados pela autuate (Coluna “IcmsRecolher” do demonstrativo de débito) refletem exatamente os montantes apurados pela empresa, valores estes que não foram recolhidos (meses de fev a mai/16) ou o foram em quantia inferior à apurada (meses de ago, out, nov e dez/15), conforme se encontra detalhado no quadro demonstrativo citado, cujo título é “**PLANILHA DE APURAÇÃO DO IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NO LIVRO DE REGISTRO E APURAÇÃO DO ICMS**”.

Frise-se, ademais, que tal detalhamento constou da peça inaugural do lançamento, na descrição da Infração 03, conforme texto abaixo.

“Infração 03 – 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o (s) valor (es) do imposto recolhido e escriturado na apuração do imposto. Consta que “recolheu a menor o imposto regularmente lançado no Livro de Registro e Apuração do ICMS nos meses de agosto, e outubro a dezembro de 2015, e nos meses de fevereiro a maio de 2016” (grifo acrescido). Ainda, verificou-se que as DMA relativas aos meses citados contêm valores divergentes daqueles lançados no Livro de Registro e Apuração do ICMS. Os valores não recolhidos estão na planilha Anexo III. Tudo conforme arquivos de notas fiscais eletrônicas destinadas e emitidas pelo contribuinte, e arquivo da Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, todos, do mesmo modo que as planilhas citadas, gravados em meio magnético – CD constante do Anexo IX”. ICMS: R\$ 7.753,21. Multa: 60%.”

Assim, entendo que não houve qualquer empecilho para a perfeita compreensão da exigência fiscal e o pleno exercício do direito de defesa. Consequentemente, rejeito a alegação de nulidade da infração em análise.

No mérito da Infração 03, o Sujeito Passivo se limitou a negar a existência de divergências, sem, contudo, especificar a sua alegação.

Julgo, portanto, procedente a Infração 03.

Quanto à Infração 04, a conduta autuada foi descrita como “*Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade do sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de Outras Unidades e/ou do exterior*”.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando nulidade da infração ao argumento de que a acusação não se encontra correta, pois haveria “falta de pagamento”. No mérito, alega que pagou

regularmente todos os valores relativos à antecipação tributária, sobre suas aquisições. Destaca, ainda, que, para a dedução dos valores pagos, em cada mês, os Autuantes apenas somaram os registros no sistema da SEFAZ, cujos valores coincidem com os totais dos DAES ora apresentados, sem que tivessem feito uma demonstração analítica, vinculando os valores às Notas Fiscais específicas.

Por fim, ainda no mérito, alega que outro erro na apuração fiscal consiste na inclusão de notas fiscais que dizem respeito a operações ISENTAS (Convênio 87/02), não suscetíveis à antecipação.

Em sua informação fiscal, os autuantes não acolheram os argumentos empresariais.

Após a conversão do Paf em diligência, por mais de uma vez, auditor estranho ao feito emitiu o Parecer Astec 0004/2023, mediante o qual reduziu o valor lançado para R\$ 125.005,90 (folha 885).

Preliminarmente, denego o pedido de reabertura do prazo de defesa (deduzido em manifestação datada de 28/06/2017), pois entendo que o encaminhamento posterior do PAF, com a conversão do processo em diligências (mais de uma) acabou por permitir que o Sujeito Passivo voltasse a se manifestar, por diversas vezes, ao longo dos quase sete anos que se seguiram, superando qualquer possibilidade de ocorrência de prejuízo associado à exiguidade do prazo concedido para manifestar-se.

Não é de se acolher, ainda, o pedido de nulidade do ato de intimação que se encontra assinado por técnica da CPPAF que, sem dúvidas, não possui autorização legal para prática de ato processual. No entanto, tal irregularidade não ensejou qualquer prejuízo à parte.

Ainda em preliminar, quanto à alegação de nulidade ao argumento de que a acusação estaria incorreta, não merece acolhida, pois o Demonstrativo de Débito “PLANILHA DE APURAÇÃO DO ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, acostado às folhas 30/34 (cópia em CD, à folha 55), revela que a fiscalização apurou o ICMS-ST devido em cada um dos documentos fiscais lá listados e, no momento seguinte, deduziu o montante pago, conforme extrato do Sistema INC, chegando ao cálculo da diferença devida.

Dentro desta perspectiva, parece correto dizer-se que houve “recolhimento a menor”, pois não possuía, a fiscalização, elementos para saber a origem da diferença, se decorrente de alguns documentos específicos (que não teriam sido considerados pelo contribuinte) ou mesmo se por erro de cálculo. Frise-se, todavia, que nisto não reside qualquer vício processual, já que não cabe ao fisco explicar o motivo da insuficiência do recolhimento, mas apenas apontar o surgimento da obrigação tributária, a partir da prova da ocorrência do fato gerador.

De fato, ao fisco cabe o ônus de prova do fato constitutivo do seu direito, cabendo, por outro lado, ao contribuinte, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito estatal, conforme prevê o art. 373 do CPC, abaixo reproduzido

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

...”

Rejeito, por conseguinte, a alegação de nulidade por erro na acusação, já que não cabia, ao fisco, explicitar os motivos do recolhimento a menor.

Quanto ao mérito, acolho o resultado da última diligência (Parecer 0004/2023), vez que sanou as falhas do levantamento fiscal, acatando os comprovantes de recolhimento que faltavam ao demonstrativo de débito, bem como compatibilizando as datas de recolhimento com os documentos fiscais respectivos.

Aliás, cientificado do resultado da diligência, o Sujeito Passivo nada mais aduziu neste ponto especificamente, limitando-se a alegar a existência da comercialização de mercadorias isentas e de que o Parecer Astec 0045/2019 não detectou erro nos cálculos.

Quanto à alegação de mercadorias isentas, o Sujeito Passivo pecou por não especificar as suas alegações, sucumbindo às provas acostadas ao PAF.

Quanto á alegação de que o preposto da Astec não identificou erro nos cálculos, não cabe ao Fisco, como já dito, identificar os motivos que levaram à insuficiência do recolhimento, mas apenas apontar e fazer prova do surgimento da obrigação tributária.

Tenho, portanto, a Infração 04 por procedente em parte, ficando reduzida a R\$ 125.005,92, conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
ago/15	0,00
set/15	0,00
out/15	6.888,57
nov/15	1.284,05
jan/16	860,00
fev/16	14.745,27
mar/16	4.679,01
abr/16	25.318,57
mai/16	36.677,54
jun/16	34.552,91
TOTAL	125.005,92

Quanto às infrações 05 e 06, não foram objeto de qualquer referência, por parte do Sujeito Passivo, em face do que ficam mantidas.

Diante do exposto, julgo o auto de infração PROCEDENTE EM PARTE, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

INFRAÇÕES	VL. LANÇADO	VL. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01 - 01.02.05	1.154,20	424,98	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02 - 02.01.03	3.171,30	3.171,30	60%	PROCEDENTE
03 - 03.01.01	7.753,21	7.753,21	60%	PROCEDENTE
04 - 07.01.02	133.752,64	125.005,92	60%	PROCEDENTE EM PARTE
05 - 16.05.04	460,00	460,00	--	PROCEDENTE
06 - 16.05.11	280,00	280,00	--	PROCEDENTE
TOTAL	146.571,35	137.095,39		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298945.0400/16-6, lavrado contra **SALVADOR DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o Sujeito Passivo a efetuar o recolhimento do imposto, no montante de **R\$ 136.355,41**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a”, “b” e “d”, além das multas por descumprimento de obrigação acessória, no montante total de **R\$ 740,00**, previstas no art. 42, inciso XV, alínea “h”, e inciso XVIII, alínea “c”, todos da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADOR