

A. I. Nº - 281317.0050/23-1
AUTUADO - VENTIN & VENTIM LTDA. (VENTIN COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA.)
AUTUANTE - JONEY CESAR LORDELO DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-02/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO; b) RECOLHIMENTO A MENOS. 2. MULTA. ENTRADA DE MERCADORIA OU SERVIÇO TOMADO SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Sem defesa de mérito, a Impugnação se limita a arguir nulidade do Auto de Infração alegando que a “revisão do lançamento” com mesmos fatos geradores objeto de ação anterior (AI 281317.0054/21-0) e sem nova O.S. é desprovida de fundamento de validade por não atender as disposições do art. 149 do CTN, bem como por contrariar o parágrafo único do art. 936 do RICMS-BA. O vício constatado no lançamento fiscal anterior o tornou incapaz de originar direitos ao ente tributante. Revisão fiscal autorizada por nova O.S. e permitida pelo princípio da autotutela administrativa. Reconhecimento na Súmula 473 do STF e fundamento no art. 149, V, do CTN. Afastada a nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 30/09/2023, o Auto de Infração em lide formaliza a constituição de crédito tributário de R\$ 114.523,62, acusando as seguintes infrações:

Infração 01 – 007.006.007 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS substituído por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente aquisição de mercadorias. **Valor:** R\$14.487,53. **Período:** fevereiro 2020, abril, agosto e dezembro 2021. **Enquadramento legal:** Arts. 8º, § 9º, da Lei 7014/96 c/c art. 294, do RICMS-BA. **Multa:** 60%, art. 42, II, “d”, da Lei 7014/96.

Infração 02 – 007.006.008 – Recolhimento a menos de ICMS substituído por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente aquisição de mercadorias. **Valor:** R\$ 98.242,59. **Período:** janeiro a dezembro 2019, janeiro, março, junho a dezembro, 2020, janeiro e fevereiro 2021. **Enquadramento legal:** Arts. 8º, § 9º, da Lei 7014/96 c/c art. 294, do RICMS-BA. **Multa:** 60%, art. 42, II, “d”, da Lei 7014/96.

Infração 03 – 016.001.006. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal. **Valor:** R\$ 1.793,50. **Período:** janeiro 2019 a dezembro 2019, fevereiro, setembro a dezembro 2020, janeiro a dezembro 2021. **Enquadramento legal:** Arts. 217 e 247 do RICMS-BA. **Multa:** 1%, art. 42, IX, da Lei 7014/96.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 29 a 34. Após reproduzir as infrações, sem objetivamente tratar acerca das infrações, suscita a nulidade do Auto de Infração alegando que a “revisão do lançamento” com mesmos fatos geradores objeto de ação anterior (AI 281317.0054/21-0) é desprovida de fundamento de validade por não atender as disposições do art. 149 do CTN, vez que “foi instaurada de forma genérica”, conforme se extrai de julgamento do CARF, cuja ementa

reproduz, bem como por contrariar o parágrafo único do art. 936 do RICMS-BA. Ademais, diz ser necessária nova Ordem de Serviço para justificar a nova ação fiscal.

Concluindo, requer a nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal de fls. 60-61, a autoridade fiscal autuante, após sintetizar as razões de defesa e reproduzir o art. 127-D, do Código Tributário da Bahia – COTEB, informa que: a) o lançamento anterior (AI 281317.0054/21-0) foi julgado improcedente, com sua anuência, pois constatou ter havido erro na tipificação da infração; b) o contribuinte participou dos levantamentos deste AI desde quando intimado em 04/07/2023 até a conclusão da ação fiscal; c) foi o equívoco constatado no AI anterior que motivou nova Ordem de Serviço para a nova ação fiscal da qual resultou o presente lançamento com as corretas tipificações para as infrações constatadas.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Como acima relatado, o AI processado exige R\$114.523,62, acusando falta de recolhimento, recolhimento a menos de ICMS substituído por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente aquisição de mercadorias (Infrações 01 e 02) e entrada de mercadoria ou serviço tomado sem registro na escrita fiscal (Infração 03).

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 22-23, bem como o teor da manifestação defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no seu corpo foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas, determinadas com segurança, e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-21), bem como identificado o infrator, constato não haver vício formal a macular o PAF em análise.

De pronto, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante (COTEB: art. 107, §2º), mediante regular procedimento administrativo contendo os elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta), a exação tem por suporte probatório os demonstrativos impressos de fls. 11-20, também contidos em arquivos magnéticos (CD de fl. 21, detalhando as operações objeto da autuação (data de emissão do documento fiscal, espécie, nº, chave de acesso, CNPJ remetente, UF, Nº Item, Cód Item, NCM, Descrição, CST, CFOP, Vlr Item, IPI, Desp Acess, Vlr BCICMS, AliqICMS, Cred Fiscal, MVA, BC Ajust., Alíq., ICMS deb., ICMS a Antecip.).

Sem questionamento quanto à materialidade dos fatos geradores, a Impugnação consiste em pedir a nulidade do Auto de Infração alegando que, além da necessidade de nova O.S. para tanto, a “revisão do lançamento” com mesmos fatos geradores objeto de ação anterior (AI 281317.0054/21-ACÓRDÃO JFJ Nº 0128-06/24-VD

0) seria desprovida de fundamento de validade por não atender as disposições do art. 149 do CTN, vez que “foi instaurada de forma genérica”, contrariando o parágrafo único do art. 936 do RICMS-BA.

Ocorre que compulsando os autos, é de se perceber que em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o princípio da autotutela que rege o Direito Administrativo, reconhecido pela Súmula 473 do STF e na forma exposta no art. 149, V, do CTN, ao contrário do alegado, permite, em caso de constatação de omissão ou inexatidão como a situação que motivou o presente lançamento, o refazimento do anterior Auto de Infração (AI 281317.0054/21-0) na forma e tempo em que feita nestes autos, uma vez que sendo o contribuinte autuado varejista de produtos farmacêuticos, ainda que algum ICMS seja devido, ele não decorre das operações de saídas do estabelecimento autuado como anteriormente apurado (vício que, anuído pela própria autoridade fiscal autuante, o tornou ilegal e sem capacidade de originar direitos – tanto que julgado improcedente no CONSEF - ACÓRDÃO JJF Nº 0172-01/23-VD), mas, na forma prevista no art. 294, II, do RICMS-BA, como apurado no lançamento refeito e em apreço, decorrente de nova ação fiscal autorizada por nova Ordem de Serviço (501766/23).

Com meus destaques, eis a normativa:

CTN

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

...

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

...

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

...

SÚMULA Nº 473, DO STF:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

Observando que o mérito do valor principal lançado não foi contraditado na Impugnação, também com meus destaques, cabe a seguinte normativa:

RICMS-BA

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.

RPAF

Art. 26. *Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

...

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

Art. 28...

§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.

COTEB

Art. 127-D. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que:

I - a Secretaria da Fazenda utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

- a) cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;*
- b) encaminhar notificações e intimações;*
- c) expedir avisos em geral;*

...

III - ao sujeito passivo credenciado será atribuído registro e acesso ao DT-e com tecnologia que preserve o sigilo, a identificação, a autenticidade e a integridade das comunicações.

Parágrafo único. A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte:

I - considerar-se-á realizada no dia em que o sujeito passivo acessá-la;

II - nos casos em que o acesso se dê em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte;

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo.

Pois bem. Considerando que: a) o contribuinte autuado é credenciado no DT-e; b) com expressa ciência do sujeito passivo, a ação fiscal foi iniciada em 04/07/2023; c) com tácita ciência do sujeito passivo (COTEB: Art. 127-D, parágrafo único, inciso III) o Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2023, portanto, dentro do prazo legal para conclusão da ação fiscal; d) o mérito do lançamento tributário não foi impugnado, com fundamento nos arts. 140 e 142 do RPAF, tenho as infrações autuadas como subsistente, mantendo-se as sanções propostas, por serem as legalmente previstas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281317.0050/23-1, lavrado contra **VENTIN & VENTIM LTDA. (VENTIN COMERCIAL DE MEDICAMENTOS LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$112.730,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.793,50**, tipificada no art. 42, IX, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS- JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR

