

sA. I. Nº - 233080.0300/16-7
AUTUADO - VELHO CHICO MEDICAMENTOS LTDA
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ JACOBINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/01/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0198-03/18

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. OPERAÇÃO DESTINADA AO ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO Acusação não elidida. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. b) FALTA DE PAGAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ.** Desconsiderado na apuração da exigência fiscal, a aplicação do preço máximo de venda a consumidor determinado em função da carga tributária do ICMS e relacionadas nas listas negativa, positiva e neutra, prevista na legislação de regência. Infrações 02 e 03 Nulas. **3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE ENTRADA DE MERCADORIAS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) LANÇAMENTO DO IMPOSTO POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO.** Autuado não elide a autuação. Infrações 04 e 05 subsistentes. **4. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA FIXA POR PERÍODO DE APURAÇÃO.** O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), no prazo estabelecido na legislação tributária, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações no período de apuração. O autuado não traz aos autos elementos capazes de elidir a acusação fiscal. Infração não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/2016, exige crédito fiscal no valor de R\$54.501,04, através das seguintes infrações:

Infração 01 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de julho e setembro de 2014. Exigido o valor de R\$581,57, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 07.06.02. Recolhimento a menos do ICM substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural referente às aquisições de mercadorias

provenientes de outras unidades da Federação adquiridas, nos meses de outubro e novembro de 2011. Exigido o valor de R\$786,50, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 07.06.01. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no mês de janeiro de 2012 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$2.609,20, acrescido da multa da multa de 60%;

Infração 04 - 04.05.08. Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2013 e 2014. Exigido o valor de R\$35.060,38, acrescidos das multas de 100%;

Infração 05 - 04.05.09. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com o percentual de margem de valor adicionado, deduzido a parcela do tributo calculado a título crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente de omissão de registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercício fechados de 2013 e 2014. Exigido o valor de R\$11.323,39, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 16.14.04. Falta de envio do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou envio sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de outubro a dezembro 2014. Exigida a multa fixa de R\$1.380,00, por cada período totalizando o montante de R\$4.140,00.

Consta como complemento, “Conforme relatórios anexos do registro fiscal de documentos de entradas de mercadorias, do registro fiscal de documentos de saídas de mercadorias, do registro fiscal da apuração do ICMS - Operações Próprias e do registro fiscal da apuração do ICMS - Operações - substituição tributária, gerados a partir do PVA - EFD, com informações obtidas através dos arquivos magnéticos, assinados digitalmente pelo contribuinte e transmitidos a SEFAZ, referentes aos períodos de apuração 10/2014, 11/2014 e 12/2014.

O Autuado apresenta peça defensiva às fls. 159 a 168, resumidos nos termos a seguir.

Inicialmente reproduz o teor da autuação, observa que nos termos da Legislação Fiscal, que estabelece os procedimentos quanto ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, as Nulidades devem ser conhecidas de plano pelo Julgador, independente do pedido da parte, que ora requerer, uma vez que a Lavratura desse Auto se encontra Nula de pleno direito.

Depois de transcrever o art. 20, do RPAF-BA/99, destaca que, nos termos da Legislação Fiscal, que estabelece quais os motivos que podem ensejar sua nulidade, tem-se que destacar o art. 43, sendo este uma espécie de vedação, ou seja, impede que o Autuante ao praticar seus atos administrativos, aja sempre norteado por Princípios legais e constitucionais, tais como: Legalidade, Impessoalidade, Ampla Defesa, e neste ínterim, não pode lavrar num mesmo Auto de Infração a cobrança de tributos diversos.

Destaca que o Auditor no exercício de suas funções legais, lavrou num único Auto de Infração ora combatido, a cobrança de tributos diversos e diferentes entre si, desde a aplicação de uma multa por descumprimento de uma obrigação acessória, como a cobrança de imposto por aquisição para Ativo Fixo, e ainda diferença de imposto por Antecipação (produtos sujeitos a Substituição Tributária), com legislação própria, e ainda imposto por mercadorias “supostamente adquiridas” sem o respectivo registro contábil.

Diz que, para se tributar algumas dessas operações, é de bom alvitre e imprescindível a prova de que o Contribuinte realmente adquiriu essas mercadorias. Afirmar que a sua simples alegação, simplesmente não prova nada, constituindo-se verdadeiro cerceamento ao direito de defesa.

Revela que no universo fiscal tributário uma grande discussão acerca da aplicação da presunção nas operações sujeitas ao ICMS, haja vista a existência de várias autuações cuja descrição do fato infringente, se fundamenta apenas em uma simples suposição, ou numa mera presunção, tendo em vista ser pacífico e unânime que a presunção para ser legal e ter valor probante, tem que está além de tipificada em lei, acompanhada de outros elementos de provas documentais ensejadores daquela infração, pois não há como se exigir um imposto lastreado apenas em uma presunção que não esteja delineada em uma lei, pois é sabido que não se pode cobrar imposto por pura presunção.

Assevera que o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente, assim, mister se faz ressaltar que para a tributação necessária se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, pois é o que a doutrina denomina de *princípio da verdade material*.

Sustenta o ônus da prova incumbe a quem alega (*art. 373, inciso I, do Novo CPC*), haja vista que a Constituição, assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem garantem a presunção da inocência e tal regra é válida também em relação a questões de natureza tributária.

Diz ser pacificado o entendimento de que ao autor da delação é quem compete produzir a prova do ilícito praticado, apenas no caso de exceção, é que o acusado assume a posição de autor, incumbindo-lhe provar a exceção, onde esse ônus apenas deixa de ser exigido no caso de fatos notórios que não carecem de ser provados.

Afirma não haver algum documento, ou elementos, ou seja, Notas Fiscais, Cópias de Levantamento de Estoques (com assinatura do responsável pelo seu acompanhamento), Duplicatas Pagas, que sirvam de prova por parte do Autuante para fundamentar sua autuação.

Assevera que nos termos do art. 41, do RPAF-BA/99 que disciplina o Processo Administrativo Fiscal, há uma obrigatoriedade, e não uma mera faculdade que pode ou não ser atendida.

Quanto às Mercadorias revendidas por Farmácias, destaca que se aplica aos produtos que estão sujeitos conforme a Lei Federal 10.147/2000, e ainda outra Lei Federal Nº 10.742/2003, e sobre as demais mercadorias que não estão descritas nestas Leis, aplica-se MVA conforme o anexo II, da Lei 7.014/96 do ICMS/BA, previsto no art. 294, do RICM-BA/99.

Observa que o setor farmacêutico está sujeito à regulação por parte do Governo Federal, nos termos da Lei nº 10.742/2003. Compete à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED estabelecer os critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos. Anualmente, em geral no mês de março, a CMED publica resolução que dispõe sobre a formação do Preço Fabricante - PF (praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras) e do Preço Máximo ao Consumidor - PMC (praticado pelas farmácias e drogarias) dos medicamentos.

Assinala que o preço máximo de venda a consumidor para os medicamentos é determinado em função da carga tributária do ICMS praticada na Unidade da Federação de destino e do enquadramento dos mesmos em listas criadas com o objetivo de separá-los de acordo com o regime de tributação relativo às contribuições federais para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. Esses medicamentos estão relacionados em três listas: negativa, positiva e neutra.

Registra que alguns medicamentos têm preço liberado, como os homeopáticos, fitoterápicos e os listados em Resoluções e Comunicados CMED. Prossegue frisando que tais documentos, bem

como os preços máximos de venda a consumidor para os medicamentos sujeitos a controle por parte do Governo Federal, são divulgados no site da Anvisa. (www.anvisa.gov.br).

Ressalta que cabe ao Auditor, ao realizar sua fiscalização, dos Períodos de 19/07/2011 até 31/12/2014, Primeiramente: Trazer as Notas Fiscais que se fundamentou; Segundamente: Elaborar uma Planilha discriminando todos os Produtos levantados; Terceiramente: Aplicar aos produtos por ventura encontrados, uma demonstração inequívoca da aplicação dessas Resoluções.

Revela que de uma forma ou de outra, não houve qualquer cálculo, estudo, levantamento idôneo, que pudesse conhecer para apresentar, ou melhor, para exercer seu pátrio e constitucional direito de defesa.

Declara que apenas uma autuação genérica, que engloba vários impostos, conforme anteriormente alegado, e desta feita, somente lhe resta apresentar uma Defesa Fiscal, também de forma Genérica.

Depois de suscitar as nulidades, adentra ao Mérito, ponderando que, uma vez não terem sido juntadas as Notas Fiscais, não é possível saber quais produtos foram relacionados, apenas apresenta-se valores, estes descobertos através de: “apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado”.

Indaga de que forma pode conhecer esse Levantamento, destacar desse quantitativo quais os Produtos sujeitos as três Listas, conforme disciplinamento de uma Lei Federal, e quais os produtos que não estão alcançados por esta Lei, no caso perfumes, tinturas para cabelo, e esmaltes, etc..

Assinala que na correta verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributaria, na qual o Auditor estava obrigado a calcular o montante do tributo devido, e determinar a matéria tributável, não cabe simplesmente alimentar uma Planilha do Microsoft Excel, e com uma Base de Calculo de Substituição Tributaria Ajustada, sem contudo demonstrar como se chegou a conhecer esse Levantamento, sob pena de nulidade total da Autuação.

Salienta que o art. 294, do RICMS-BA/12, mostra claramente como deve ser efetuado o recolhimento do Imposto, daqueles produtos não alcançados pela Substituição Tributária.

Sustenta que em nenhum momento a aplicação dessas Listas foi observada, simplesmente por entendê-las como irrelevantes, ou simplesmente por descuido. Afirma que o Auditor não faz menção alguma, sem contudo observar sua relevância jurídica na aplicação na base de cálculo, simplesmente desprezando-as, incorrendo num erro formal de tipo, ocasionando a nulidade do ato.

Frisa que ora anexa a presente Impugnação, cópia do PARECER Nº 00143 / 2013 DATA 03/01/2013, (Doc. 02), que em processo de Consulta, “O Consultante inscrito no CAD-ICMS/BA na condição de microempresa, optante pelo regime do Simples Nacional, cuja atividade principal é o comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas (código 4771701) encaminha a presente consulta a esta Administração Tributária, nos termos do RPAF-BA/99.

Explica que sobre as demais mercadorias revendidas por farmácia aplica-se MVA conforme o Anexo II, da Lei 7.014/96, do ICMS/BA e previsão do art. 294, RICMS-BA/12.

Sustenta ser desnecessário tecer maiores comentários acerca do que vem a ser a Base de Cálculo e de seus pressupostos legais, uma vez que esse Egrégio Tribunal, que se manifesta através de seus Julgadores, tem a obrigação e o dever legal de conhecer dessa matéria, e reconhecer quando num determinado Auto de Infração, esse pilar de sustentação encontra-se corroído pela desatenção e pela nulidade formal do ato.

Uma vez que em nenhum momento o Auditor: “ao encontrar mercadorias supostamente adquiridas de terceiros, decorrente da omissão de entradas”, mas que foram “identificadas pelo Autuante” - era seu dever funcional, ao realizar o levantamento para a correta aplicação do

Imposto devido, aplicar sobre as mesmas, o entendimento já Pacificado através do Parece Nº 00143/2013, uma vez que esclarece como o Contribuinte deve proceder, ainda mais o Fisco na cobrança do Imposto.

Frisa ser dever do contribuinte, não se conformando com qualquer procedimento fiscal, buscar se defender contra ilegalidade, imoralidade ou até inconstitucionalidade, na cobrança de determinado tributo ou de entendimento da Autoridade Administrativa, uma vez que tais atos preparatórios do Lançamento Tributário, são praticados pela Autoridade administrativa podem ser maculados pelas deficiências humanas.

Assinala que nesses procedimentos, mazelas são cometidas, que fatos são falseados e a realidade distorcida. Acrescenta ponderando ser neles que a vontade de cumprir metas ou de fazer valer o pequeno poder, e que muitas vezes superam a legalidade e a moralidade. Arremata registrando que são esses atos, que devem ser revistos pela Instância Superior, na esperança de ser aplicada à justiça.

Observa que no mérito, ratifica o que já fora alegado em preliminar, quanto a Improcedência do Lançamento, quando não há uma demonstração clara e inequívoca que houve o cálculo e recolhimento a menos, do Imposto, apenas o Fiscal levantou os valores informados na Nota Fiscal e que entendendo que estão diferentes de “sua” base de cálculo, achou por bem lavrar o presente.

Assinala que improcede o levantamento fiscal para se apurar sua nova base de Cálculo sem, contudo, observar toda a Legislação Fiscal Estadual e Nacional, aplicada a época que os fatos tributários ocorreram.

Traz a colação o entendimento do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco - TATE/PE, em que vários Julgamentos, Acórdão 1ª. TJ N. 0105/2015 (TATE 00.265/15-2); ACÓRDÃO 1ª. TJ N. 0098/2015 (TATE 00.539/15-5) e ACÓRDÃO 1ª. TJ N. 0099/2015 (TATE 00.540/15-3), em anexo.

Conclui pugnando pela nulidade do Auto de Infração e, caso não logre êxito em sua pretensão, que no mérito seja julgado improcedente inicialmente destaca que o impugnante, no primeiro momento de sua defesa questiona o fato de se ter sido lavrado apenas um instrumento abrangendo diversas infrações, fato este que, para ela, “*fere princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório*” e, assim, postula a nulidade do Auto de Infração.

O Autuante presta informação, fls. 180 e 181, depois de sintetizar as razões de defesa, aduz os seguintes argumentos.

Observa que os demonstrativos anexados aos autos contêm, de forma clara, as informações referentes aos documentos fiscais, que ora anexa, os percentuais da MVA e alíquotas aplicadas.

Informa que, pela impossibilidade de identificar o enquadramento dos produtos nas listas negativa, positiva ou neutra, foram utilizados os percentuais da MVA da lista negativa, ou seja, os menores percentuais, portanto, os mais benéficos ao contribuinte.

Declara, com relação ao demonstrativo do levantamento quantitativo dos estoques, que foi elaborado com base na Portaria SEFAZ/BA nº 445/98, no art. 60, inciso I, do RICMS-BA/12 e no art. 23-A, da Lei nº 7.014/96, que apontou as Infrações de 04 e 05, cujos enquadramentos estão devidamente tipificados no Auto de Infração.

Arremata assinalando que, dessa forma, resta demonstrada a fragilidade da defesa apresentada, que tem o cunho meramente protelatório, visando exclusivamente procrastinar o pagamento do tributo devido, razão pela qual, pugna pelo seu rápido julgamento, para que o Autuado não consiga seu intento de postergar o pagamento do tributo.

Em Pauta Suplementar, esta 3ª JJF, converteu os autos em diligência, fl. 423, para que o Autuante identificasse no demonstrativo de apuração da Infração 01 os bens adquiridos e assinasse todos os

demonstrativos, objeto da autuação e que entregasse ao Autuado os elementos acostados aos autos e reaberto o prazo de defesa.

Em atendimento ao pedido de diligência o Autuante informa, fl. 425, que todos demonstrativos foram assinados e enviados ao Impugnante através do DTE e, em relação aos bens adquiridos relativos ao demonstrativo da Infração 01, registra que o Autuado não atendeu as três intimações, conforme comprovantes que anexa às fls. 426 a 429, para apresentar os documentos fiscais de nºs 4258, 2917, 2819 e 3797, escriturados no livro Registro de Entradas, com o CFOP 2.551 - Compra de Bens para o Ativo Imobilizado, conforme cópias anexos, fls. 240 e 242, além da lista de código de emitentes, fl. 246, ficando com isso prejudicada a identificação dos referidos bens.

Constam à fl. 429 que foi enviado ao Autuado cópia integral em PDF do processo numerado, com todos os demonstrativos. Entretanto, o Defendente não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

O impugnante suscitou nulidade da autuação, alegando cerceamento de defesa à lavratura de um único Auto de Infração para exigência de tributos diversos, sem a imprescindível prova de realmente adquiriu essas mercadorias, que segundo seu entendimento se constitui presunção. Alegou também a ausência de cópias de notas fiscais de levantamento de estoque com assinatura do Autuante e de duplicatas pagas, citando inclusive o art. 41 do RPAF-BA/99.

Depois de compulsar os elementos que compõem os autos, constato que não deve prosperar a pretensão do Impugnante da indicação da ocorrência de cinco infrações fiscais em um único Auto de Infração, o que dificultou sobremaneira a produção de sua defesa, citando inclusive o art. 43 do RPAF-BA/99, para afirmar que fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, citando, para destacar a previsão de que o autuante pode lavrar mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa.

Verifico que o defendente não carrou aos autos qualquer comprovação inequívoca de sua dificuldade na elaboração de sua defesa. Convém salientar que o art. 40 do RPAF-BA/99, apenas faculta a possibilidade da lavratura de mais de um Auto de Infração, portanto, inexistente qualquer determinação impositiva. Já o citado art. 43, veda a lavratura de um mesmo Auto de Infração relativo a tributos diversos, o que não se aplica ao presente caso, pois trata-se de infrações cometidas, atinentes à legislação do ICMS. Não acato a alegação defensiva, considerando que foram indicadas neste Auto de Infração seis infrações, inexistindo dificuldade alguma para compreensão dos fatos.

Ademais, na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos elaborados pelo Autuante, fls. 04v a 155, dão suporte são compreensíveis, indicam pormenorizadamente os dados relativos aos documentos fiscais, objeto da autuação, e dos valores exigidos.

O defendente também suscitou nulidade, por não haver nos autos descrição mínima da ocorrência dos fatos geradores, especificação do porque das alíquotas aplicadas e a indicação da razão de não ter sido abatido os créditos fiscais das operações anteriores, bem como não consta a justificativa de sua atuação como responsável tributário na sistemática da substituição tributária.

Rejeito a essa segunda preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, de que não foram apresentadas provas de que ocorreram as irregularidades apuradas, haja vista que o Impugnante foi intimado a apresentar sua documentação fiscal, fl. 156, foi realizada diligência, bem como a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo as multas tipificadas consoante as irregularidades apuradas, e o débito exigido conforme explicitados nos levantamentos e documentos acostados aos autos. Constam também na Descrição dos Fatos, fls. 01 a 04, para cada uma das infrações, bem como foram anexados os correspondentes aos demonstrativos de apuração. Assim, resta

patente que o presente PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o Auto de Infração é constituído de seis infrações à legislação baiana, conforme devidamente explicitadas no preâmbulo do relatório.

Infração 01 - trata da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo acostado às fls. 04-verso a 07-verso, cujas cópias foram devidamente fornecidas ao Autuado, fl. 429.

O Autuado, em sede de defesa, questionou a falta de apresentação pela fiscalização, das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal.

O Autuante, em atendimento à diligência solicitada por essa 3ª JJF, informou que o Impugnante fora intimado por três vezes e não apresentou os documentos fiscais objeto da autuação, ou seja as Notas Fiscais de nºs 4285, 2917, 2918 e 3797.

Ao compulsar os elementos que alicerçam esse item da autuação, verifico que o levantamento fiscal foi realizado com base na escrituração fiscal do Autuado e consideradas às operações registradas com CFOP 2.551 - Compras de Bens para o Ativo Imobilizado, como se verifica às fls. 240 e 242.

Assim, fica patente nos autos, que mesmo dispondo de todos os elementos de prova, o Autuado não traz à colação, comprovação alguma capaz de elidir a acusação fiscal.

Concluo pela subsistência desse item da autuação.

As Infrações 02 e 03 - apuram o recolhimento a menos e a falta de recolhimento do ICMS substituto por antecipação na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, conforme demonstrativo colacionado às fls. 08 a 31.

Em suas razões de defesa, o Impugnante contestou a autuação, asseverando que deveria ter sido considerado pela fiscalização o preço máximo de venda a consumidor para os medicamentos, determinado em função da carga tributária do ICMS praticada na Unidade da Federação de destino e do enquadramento dos mesmos em listas criadas com o objetivo de separá-los, de acordo com o regime de tributação relativo às contribuições federais para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. Esses medicamentos estão relacionados em três listas: negativa, positiva e neutra.

O Autuante sustentou que pela impossibilidade de identificar o enquadramento dos produtos nas listas negativa, positiva ou neutra, foram utilizados os percentuais da MVA da lista negativa, ou seja, os menores percentuais, portanto, os mais benéficos ao contribuinte.

Depois de examinar as peças que fundamentam esses dois itens da autuação, verifico que, efetivamente, na apuração da exigência fiscal atinente a esses dois itens da autuação, deve ser adotado, por se tratar de mercadorias revenidas por Farmácia, o que determina a Lei Federal 10.147/2000, e a Lei Federal Nº 10.742/2003, e sobre as demais mercadorias não alcançadas nestas Leis, aplica-se MVA conforme o anexo II da Lei 7.014/96 do ICMS/BA, previsto no art. 294 do RICM-BA/99.

Assim, tendo em vista que o Autuante desconsiderou a previsão expressa na legislação de regência, adotando critério de apuração de sua opção, sob o argumento de ter encontrado dificuldade de enquadramento dos produtos nas listas estatuídas pela legislação, verifico que

resta caracterizada a falta de certeza e liquidez dos valores apurados nessas infrações, além de se configurar cerceamento de defesa.

Logo, consoante previsão nos incisos II e IV, alínea “a”, do art. 18 do RPAF-BA/99, esses dois itens da autuação afiguram-se inquinados de nulidade.

Concluo pela nulidade das Infrações 02 e 03.

No que diz respeito às Infrações 04 e 05, o Autuado, mediante a aplicação do roteiro de auditoria “Levantamento quantitativo de estoques de mercadorias em exercício fechado”, nos exercícios de 2013 e 2014, foi acusado de falta de recolhimento do imposto, respectivamente, na condição de responsável tributário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, e consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor agregado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente de omissão do registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta, tanto as quantidades de mercadorias, como a sua expressão monetária - art. 1º da Portaria 445/98.

O Autuado, em suas razões de defesa, sustentou que esses itens da autuação não devem prosperar, por se tratar de lançamento fiscal se fundamenta na presunção da ocorrência de operações sujeitas ao ICMS, uma vez que não constam dos autos cópias das notas fiscais e de duplicatas pagas, fl. 163.

Dos exames nas peças do processo, constato que foi cumprido o roteiro de uma auditoria fiscal, que poderia ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista. Além dos dados referentes aos estoques iniciais e finais, e a toda movimentação de estoque no período fiscalizado, oriundos da escrituração fiscal do autuado, conforme intimação acostada à fl. 156, foram elaborados demonstrativos analíticos e sintéticos com a apuração das diferenças de estoques e o imposto devido, conforme demonstrativos acostados às fls. 32 a 149. Todos de conhecimento do Autuado, tanto é assim que, ao reproduzir o teor das infrações em sua peça defensiva, fl. 160 e 161, faz constar expressamente o termo “Conforme demonstrativos anexos”, e para que não pairasse qualquer dúvida, lhe fora entregue novamente através do sistema de Domicílio Tributário Eletrônico - DTE, fl. 429, cópia integral do Auto de Infração com todos os demonstrativos.

Em suma, consigno que as omissões apuradas decorreram da aplicação de roteiro de auditoria de estoques em devida conformidade com a Portaria 445/98, não se configurando, portanto, como qualquer tipo de presunção como sugeriu o defendente. Eis que o procedimento adotado se alicerça na movimentação dos estoques do defendente no período, devidamente lastreada na documentação e escrita fiscais, cujas operações encontram-se individualizadamente explicitada nos demonstrativos de apuração e de débito.

Concluo pela subsistência das Infrações 04 e 05.

A Infração 06 trata da falta de envio do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de outubro a dezembro 2014, conforme cópias da EFD acostada às fls. 149v a 155.

Em suas razões de defesa, o Impugnante não apresentou elemento algum capaz de elidir a acusação fiscal, além dos já enfrentados em sede de preliminar.

Depois de compulsar os elementos que compõem o contraditório em torno desse item da autuação, constato que a penalidade foi aplicada em conformidade com a previsão legal, ou seja, a alínea “i”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

É patente que o descumprimento da obrigação acessória dificulta os procedimentos relativos aos controles fiscais, causando prejuízo à eficácia da fiscalização.

Concluo pela subsistência da Infração 06.

Observo que as penalidades encontram-se previstas em dispositivos da Lei nº 7.014/96, conforme consta na inicial dos autos no inciso II, alíneas “d” e “f”, inciso VII, alínea “a”, inciso III e inciso XIII-A, alínea “i”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal, não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233080.0300/16-7**, lavrado contra **VELHO CHICO MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.965,34**, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.904,96 e de 100% sobre R\$35.060,38, previstas no art. 42, nos incisos II, alíneas “f”, e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descobrimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.140,00**, prevista na alínea “i”, do inciso XIII-A, do art. 42 do mesmo diploma legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2018.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA