

A. I. Nº - 299430.0004/19-9
AUTUADO - ORGAFARMA ORGANIZAÇÃO FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTES - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/11/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0184-04/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS DE MATERIAL DE CONSUMO. Item reconhecido. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Item reconhecido. **c)** MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL DO ICMS OBJETO DO TERMO DE ACORDO DO DEC 7799/2000. Item reconhecido. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. ALÍQUOTA. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS SEM A EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL. PRESUNÇÃO LEGAL. **a)** VALOR DAS ENTRADAS SUPERIOR AO DAS SAÍDAS. Sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entrada, presume-se que efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. **b)** LANÇAMENTO DO IMPOSTO POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Foi detectada a omissão de entrada em expressão monetária maior que a omissão de saída, decorrente de operações com mercadorias acobertadas pelo instituto da substituição tributária. O valor do débito apurado no item “a” foi considerado como crédito no demonstrativo de débito do item “b”. Afastado o “*bis in idem*” nas autuações. Itens subsistentes. 3. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. Item reconhecido. 5. DOCUMENTO FISCAL. MULTA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** EXERCÍCIO 2017. **b)** EXERCÍCIO 2018. Itens reconhecidos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 28/09/2017, exige o valor de R\$617.625,92, inerente aos

anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo as fls. 16 a 286 dos autos, e CD/Mídia de fl. 287, em razão das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.89: Utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, relativo às datas de ocorrência de 31/07/2017 e 31/01/2018, devendo a empresa estornar os referidos créditos. Consta da descrição dos fatos que os créditos indevidos são decorrentes de aquisição de material de consumo, conforme demonstrativo de fls.16/24. O contribuinte estornou o crédito na EFD do mês de abril de 2019. Lançado ICMS no valor de R\$9.237,67, com enquadramento no art. 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309 e 310, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 01.02.89: Utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, relativo às datas de ocorrência de 31/01/2018, 30/06/2018, 31/07/2018 e 30/11/2018, devendo a empresa estornar os referidos créditos. Consta da descrição dos fatos que os créditos indevidos são decorrentes de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, conforme demonstrativo de fls.25/37. O contribuinte estornou o crédito na EFD do mês de abril de 2019. Lançado ICMS no valor de R\$4.499,72, com enquadramento no art. 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309 e 310, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 01.02.89: Utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, relativo às datas de ocorrência de 31/03/2018, 30/04/2018, 31/05/2018, 30/06/2018, 31/07/2018, 31/08/2018, 30/09/2018, 31/10/2018, 30/11/2018 e 31/12/2018, devendo a empresa estornar os referidos créditos. Consta da descrição dos fatos que os créditos indevidos são decorrentes de aquisição de mercadorias beneficiadas com redução de base de cálculo nas saídas, objeto do termo de acordo do Dec. 7799/00, conforme demonstrativo de fls.38/42. O contribuinte estornou o crédito na EFD do mês de abril de 2019. Lançado ICMS no valor de R\$7.085,68, com enquadramento no art. 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309 e 310, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - 04.05.04: Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado na forma dos demonstrativos de fls. 43/72, com data de ocorrência em 31/12/2017 e 31/12/2018. Lançado ICMS no valor de R\$6.853,79, com enquadramento no art. 4º, § 1º, inc. IV; e art. 23-A, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 6º, 7º e 8º da Portaria 445/98. Multa lançada de 100% aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - 04.05.08: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado na forma dos demonstrativos de fls. 73/88, com data de ocorrência em 31/12/2017 e 31/12/2018. Lançado ICMS no valor de R\$351.454,48, com enquadramento no art. 6º, inc. IV; e art. 23, inc. I, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 217 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 10, inc. I, “a”, da Portaria 445/98. Multa lançada de 100% aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - 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 percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas

ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado na forma dos demonstrativos de fls. 89/161-A, com data de ocorrência em 31/12/2017 e 31/12/2018. Lançado ICMS no valor de R\$116.428,77, com enquadramento no art. 6º, inc. IV; e art. 23, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 217 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 10, inc. I, “b”, da Portaria 445/98. Multa lançada de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 - 06.05.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 162/164. Lançado ICMS no valor de R\$40.745,30, com enquadramento no art. 4º inciso XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 8 - 07.01.02: Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 165/274. Lançado ICMS no valor de R\$76.629,28, com enquadramento nos artigos 8º, inc. II e §3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 09 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal no ano de 2017, conforme demonstrativo de fls. 275/280, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 287. Lançada Multa no valor de R\$2.552,74, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

INFRAÇÃO 10 – 16.01.06 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo de fls.. 281/286, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 287. Lançada Multa no valor de R\$2.038,49, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

Às fls. 298 a 304 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 17.291.576/0001-39 e inscrição estadual 137.612.451, estabelecida na Avenida José Leite, nº 3.251, bairro Caji, no município de Lauro de Freitas-BA, CEP 42.700-000, em que, devidamente representado por seu Sócio-Administrador João Casimiro de Oliveira Andrade, brasileiro, empresário, portador do CPF 002.059.586-72 e C.I. M-594.968 expedido por SSP-MG, vem, pela presente, interpor a defesa administrativa contra o Auto de Infração nº 299430.0004/19- 9, em tela, pelos motivos que expõe a seguir:

I - DOS FATOS:

Aduz que, em 18/06/2019, recebeu a notificação fiscal nº 299430.0004/19-9, no qual foi apurado por parte do fiscal responsável pela lavratura do referido AIIM diversas irregularidades no qual totalizou, segundo apuração feito pelo fiscal, o valor de R\$ 1.145.921,50, já incluídos o valor original do tributo e as multas devidas, onde diz não concordar, com a referida notificação, em que apresenta suas razões, nos termos a seguir.

• *Infração 01 - 01.02.89*

Concorda a autuada ser devido o crédito apurado neste item, sendo feito o recolhimento tempestivo do valor devido com as devidas reduções previstas nos artigos 45 e 45-B da Lei 7.014/96, no qual diz anexar na folha 8 dos autos.

• *Infração 02 - 01.02.89*

Concorda a autuada ser devido o crédito apurado neste item, sendo feito o recolhimento

tempestivo do valor devido com as devidas reduções previstas nos artigos 45 e 45-B da Lei 7.014/96, no qual diz anexar na folha 9 dos autos.

- *Infração 03 - 01.02.89*

Concorda a autuada ser devido o crédito apurado neste item, sendo feito o recolhimento tempestivo do valor devido com as devidas reduções previstas nos artigos 45 e 45-B da Lei 7.014/96, no qual diz anexar na folha 10.

- *Infração 04 - 04.05.04*

Concorda parcialmente a autuada ser devido o crédito apurado neste item, pelas mesmas razões expostas na “*Infração 05 - 04.05.08*” após as apurações e retransmissão dos arquivos SPED-Bloco H, sendo feito o recolhimento tempestivo do valor apurado, com as devidas reduções previstas nos artigos 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96, no qual diz que é aqui anexado na folha 11, cabendo para tanto os argumentos apresentados na “*Infração 05-04.05.08*”.

Registra que descabe presunção de que a diferença de estoque, inicialmente apontada pela fiscalização, oriunda de entrada de mercadorias desacompanhada de documento fiscal, visto que resta demonstrado o motivo pelo qual gerou-se a diferença de estoque na apuração inicial feito pela fiscalização. Aduz que recolheu, tempestivamente, o valor entendido como devido no qual diz anexar na folha 11.

- *Infração 05 - 04.05.08*

Consigna que concorda parcialmente com a autuação. Destaca que não procede a mesma em sua totalidade pelas seguintes razões:

- a) Como o ramo de atuação da autuada é o comércio de medicamentos e drogas de uso humano, seus fornecedores são sempre laboratórios detentores dos referidos produtos, conforme dispõe a Portaria nº 802/1998 da AN VISA.
- b) A Portaria nº 802/1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, em seu artigo 13, inciso II, estabelece que as distribuidoras devem abastecer-se exclusivamente de empresas titulares dos registros dos produtos (Laboratórios); assim sendo, não há possibilidade de uma distribuidora adquirir medicamentos com outra empresa distribuidora, uma vez que esta não detém o registro deles.
- c) Toda a comercialização dos produtos objeto da atividade da autuada são controlados de ponta a ponta, ou seja, desde o laboratório (fornecedores) até a venda final para os clientes da autuada (farmácias e drogarias), onde são controlados por rigorosos processos de controle sanitário e de regulação pela ANVISA, sendo impossível a aquisição destes produtos sem as devidas emissão de documentos fiscais.
- d) A apuração das irregularidades apontadas neste item pela fiscalização se deu por presunção, visto que quando o fiscal avaliou os arquivos fiscais, o Bloco H entregue pela autuada, fez ali os confrontos de estoque e verificou que nas datas de 31/12/2017 e 31/12/2018 alguns itens apresentavam saldo negativo.
- e) Durante o processo de fiscalização, foi comunicado ao fiscal que a empresa detectou um erro no sistema interno da autuada quando da geração do arquivo SPED no Bloco H, no qual logo após a identificação foi solicitado a empresa responsável pela manutenção do sistema que corrigisse o problema técnico, o que foi feito e transmitido novamente os arquivos para a base da SEF, mas após a lavratura do Auto de Infração.
- f) Nota-se que o que ocorreu na verdade não foi a compra de mercadorias desacompanhada de documento fiscal e sim, um problema técnico na geração do arquivo SPED em especial do bloco H.
- g) Esta afirmativa é fácil de ser validada pela própria SEF, independente de se fazer a

validação pelo arquivo Bloco H entregue pela autuada, basta fazer o confronto de todas as NFe's de entrada com todas as NFe's de saída, e se chegará ao valor real do estoque da autuada.

h) Como prova da entrega da retificação do arquivo SPED, Bloco H, segue o comprovante da retificação e entrega do arquivo conforme consta na folha 18 e 19.

Neste contexto, diz que descabe, portanto, que a presunção de que a diferença de estoque inicialmente apontada pela fiscalização é oriunda de entrada de mercadorias desacompanhada de documento fiscal, visto que resta demonstrado o motivo pelo qual gerou-se a diferença de estoque na apuração inicial feito pela fiscalização, sendo feito o recolhimento tempestivo do valor entendido como devido no qual é aqui anexado na folha 12.

- *infração 6 - 04.05.09*

Concorda parcialmente com a autuação, também não procedendo a mesma em sua totalidade, pelos mesmos motivos narrados na “*infração 05-04.05.08*” pelo fato da autuada não ter dado entrada de mercadorias desacompanhada de documento fiscal em seu estoque, sendo feito o recolhimento tempestivo do valor entendido como devido no qual é aqui anexado na folha 13.

- *Infração 07 - 06.05,01*

Concorda a autuada ser devido o crédito apurado neste item, sendo feito o recolhimento tempestivo do valor devido com as devidas reduções previstas nos artigos 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96, no qual é aqui anexado na folha 14.

- *Infração 08 - 07.01.02*

Concorda a autuada ser devido o crédito apurado neste item, sendo feito o recolhimento tempestivo do valor devido com as devidas reduções prevista nos artigos 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96, no qual é aqui anexado na folha 15.

- *Infração 09 - 16.01.02*

Concorda a autuada ser devido o crédito apurado neste item, sendo feito o recolhimento tempestivo do valor devido com as devidas reduções prevista no reduções prevista nos artigos 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96 no qual é aqui anexado na folha 16.

- *Infração 10 - 16.01.06*

Concorda a autuada ser devido o crédito apurado neste item, sendo feito o recolhimento tempestivo do valor devido com as devidas reduções prevista nos artigos 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96, no qual é aqui anexado na folha 17.

II - DO PEDIDO

Ante o exposto, requer a autuada a retificação do valor do crédito apurado pela fiscalização referente à *‘Infração 04 - 05.05.04’* no valor de R\$6.853,79 para o valor de R\$472,92 da *“Infração 05 - 04.05.08”* no valor de R\$351.454,48 para o valor de R\$23.694,97 da *“Infração 06 - 05.05.09”* no valor de R\$116.428,77 para o valor de R\$7.848,22.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 332/334 dos autos, assim se posiciona quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

Primeiramente, diz que o presente trabalho foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es), constantes no banco de dados da SEFAZ-BA., durante o segundo trimestre de 2019, abrangendo os exercícios de 2017 e 2018, tendo resultado no presente auto de infração com valor total de R\$1.145.921,50,em razão de diversas infrações.

Registra que o contribuinte reconheceu totalmente as infrações de nº 1 a 3 e 7 a 10, recolhendo o imposto cobrado. Por outro lado, diz que reconheceu parcialmente as infrações 4 a 6, apuradas

através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, apresentando os argumentos a seguir.

Registra que o defendant alega que toda a comercialização dos produtos por ele comercializados “*são controlados de ponta a ponta ..., sendo impossível a aquisição destes produtos sem as devidas emissão de documentos fiscais*”. Neste aspecto, diz que tal afirmação não elide as infrações cobradas, uma vez que se trata de mera conjectura que não está comprovada em sua defesa. O que se tem evidenciado é que vários itens foram comercializados sem registro em sua escrituração fiscal da correspondente entrada da mercadoria.

“Pontua que o defendant detectou um erro no seu sistema na geração do arquivo SPED no Bloco H” (Inventário), e que, após a correção do “*problema técnico*”, os arquivos foram “*para a base da SEFAZ, mas após a lavratura do AIIM*”.

Como diz proceder em todas às nossas fiscalizações, antes de emitir o AIIM, encaminha ao contribuinte as infrações levantadas para que ele possa analisar e discutir com a Fiscalização. Na época, diz que o preposto da empresa informou que havia inconsistência nos estoques. Neste contexto, diz que informou ao defendant que este fato não elide as infrações, pelos seguintes motivos:

- a) De acordo com o artigo 215 do RICMS/BA, “*a escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade*” (grifos nossos).
- b) O Livro Registro de Inventário, conforme artigo 225 do RICMS/BA, “*destina-se a arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua perfeita identificação, as mercadorias, as matérias primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento na data do balanço*”.

Portanto, diz que tal livro deve ser preenchido com esmero, cuidado e responsabilidade, em obediência ao mencionado artigo 215, com base em um levantamento procedido por prepostos da empresa, ou seja, uma contagem física.

- c) O artigo 247 do citado Regulamento, dispõe que “*a EFD se compõe da totalidade das informações, em meio digital, necessárias à apuração dos impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, conforme Ajuste SINIEF02/2009, substituindo os tradicionais livros fiscais até então utilizados pelos contribuintes do ICMS*”.
- d) Já o parágrafo primeiro da cláusula quarta do Ajuste SINIEF 02/2009 define que se considera como “*totalidade das informações*” três exigências, dentre elas as (i) relativas a quantidade, descrição e valores de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação, em posse ou pertencentes ao estabelecimento do contribuinte declarante, ou (ii) fora do estabelecimento e em poder de terceiros; e (iii) qualquer informação que repercuta no inventário físico e contábil..” (itens II e III do parágrafo).

Neste contexto, diz que a preocupação do legislador com as informações prestadas pelo contribuinte ao Fisco é tanta que o Guia Prático da Escrituração Fiscal Digital estabelece que o inventário de 31 de dezembro de um ano deve ser apresentado na EFD de fevereiro do ano seguinte.

Como esta EFD deve ser apresentada à SEFAZ até 25 de março, significa que o contribuinte tem cerca de 85 dias para levantar seu inventário e realizar as análises necessárias para torná-lo consistente. E mais. Este arquivo poderá ser retificado até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, ou, passado este prazo, com autorização desta Secretaria. É o que diz permitir a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF02/2009.

Portanto, destaca que há prazo suficiente para que o contribuinte retifique suas informações prestadas ao Fisco. Por sua vez, a retificação da EFD não terá validade jurídica se relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal (artigo 251, parágrafo 2º, do RICMS/BA).

No caso destas infrações, em tela, diz que a contestação apresentada pelo contribuinte não pode ser levada em consideração, uma vez que ofende os termos citados no parágrafo anterior.

Sendo assim, submete a análise do CONSEF o presente PAF para adotar as providências de praxes.

Às fls. 342 a 360 do PAF, constam extratos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, acerca do detalhamento de pagamento dos valores reconhecido pela autuada.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$612.934,69, relativo a oito irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$4.591,23, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de R\$617.625,92, sendo impugnadas parcialmente as infrações 4, 5 e 6. Por sua vez, as infrações 1, 2, 3, 7, 8, 9 e 10, foram acatadas pelo defensor, inclusive com manifestação expressa nos autos de que efetuara o pagamento do débito que considerou devido, em que de pronto serão consideradas procedentes. Assim, a contenda se restringe de forma parcial em relação às infrações 4, 5 e 6.

Versa as infrações 4, 5 e 6 de procedimento fiscal relativo a levantamento quantitativo em exercício fechado, embasado na Portaria SEFAZ nº 445/98, emitida pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Neste contexto, no mérito, o presente Auto de Infração, em relação a essas infrações, reclama débito tributário no valor total de R\$474.737,04, na forma descrita e relatada na inicial dos autos, onde se constatou, nos anos de 2017 e 2018, diferenças tanto de entradas como de saídas, em que, consubstanciado na citada portaria acima, tomou-se por base, para exigência do imposto, o valor das entradas - maior expressão monetária - não declaradas, sob a perspectiva da presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas, seja por falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documento fiscais, na forma dos artigos 6º, 7º e 8º da Portaria 445/98, em relação a infração 4, seja, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal sujeitas ao regime da Substituição Tributária, isso em relação a infração 5 (art. 10, inc. I, "a") e seja por falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (art. 10, inc. I, "b"), apurado em função do valor acrescido de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, em relação a infração 6, todas respaldadas por demonstrativos acostados às fls. 46 a 161-A dos autos.

Em relação à apuração do levantamento quantitativo, de uma forma geral, quanto aos produtos, volume de compras e vendas, estoque, preços médios apontados, apuração de base de cálculo; vê-se que não há questionamento da defensor, a lide se instala em relação, simplesmente, da negativa do defensor em afirmar que as omissões identificadas no levantamento não tenha decorrido de compras de mercadorias desacompanhada de documentação fiscal e sim por um problema técnico na geração do arquivo SPED, em especial o Bloco H, em relação a informação do estoque nos abarcados pela Fiscalização.

Diz o defensor que esta afirmativa é fácil de ser validada pela própria SEFAZ, pois, independente de se fazer a validação pelo arquivo Bloco H entregue pela autuada, basta fazer o

confronto de todas as NFE's de entrada com todas as NFE's de saída, e se chegará ao valor real do seu estoque.

Registra, a defendant, que durante o processo de fiscalização, foi comunicado ao agente Fiscal Autuante que a empresa detectou um erro no seu sistema interno quando da geração do arquivo SPED no Bloco H, no qual logo após a identificação foi solicitado a empresa responsável pela manutenção do sistema que corrigisse o problema técnico, o que foi feito e transmitido novamente os arquivos para a base de dados da SEFAZ, mas após a lavratura do AIIM.

Em sede de informação, o agente Fiscal Autuante não contrapõe as considerações de defesa de que tenha havido erro no Bloco H do arquivo SPED da empresa autuada, apenas traça algumas considerações que a legislação do ICMS (artigo 215 do RICMS/BA) traz de orientação de procedimento do defendant na escrituração dos livros fiscais, bem assim do que a EFD (Escrituração Fiscal Digital) deve conter de informações (artigo 247 do RICMS/BA), referente às operações e prestações praticadas pelo contribuinte na forma do Ajuste SINIEF 02/2009. Têm-se, também, da informação fiscal o destaque de que o presente trabalho de fiscalização foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Não obstante o agente Fiscal não tenha traçado qualquer consideração de que de fato a correção das informações do Bloco H do Arquivo SPED possa alterar o resultado do levantamento fiscal do presente PAF, traz a informação de que a retificação da EFD não poderá ser levada em consideração, vez que ofende os termos do artigo 251, parágrafo 2º, do RICMS/BA, dado a correção da base de dados da SEFAZ ter ocorrido após a lavratura do AIIM.

Assim dispõe o artigo § 2º, do art. 251, do RICMS/BA:

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco. (Grifos acrescidos)

Não obstante a assertividade do agente Fiscal na informação fiscal, de que a EFD não pode ser levada em consideração, dado o que dispõe o § 2º, art. 251, do RICMS/BA, vejo, também, que o agente Fiscal ao perceber erros no estoque da defendant, poderia tê-lo intimado para corrigir os citados estoques, por Termo de Intimação, como assim autoriza a legislação, o que não o fez.

Neste contexto, seguir com o julgamento da lide sem tampouco verificar a veracidade dos argumentos da defesa, vez que não se trata de omissão de informação por erro na transmissão dos arquivos da EFD de forma proposital ou intencional, mas por erro técnico operacional de geração do arquivo percebido no percurso da ação fiscal, vejo que este Conselho de Fazenda estaria passando ao largo os ditames de alguns dos princípios jurídicos que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que devem ser observados a fim de que o curso das ações processuais siga sem intercorrências ou anormalidades. No caso em comento, os princípios da ampla defesa e de verdade material dos fatos.

Foi proposta a realização de diligência, na assentada de julgamento, para que fosse reexecutado o procedimento do Levantamento Quantitativo de Estoque, com a base de dados da EFD já corrigida pelo sujeito passivo, proposição esta que não foi acolhida pelos demais membros do julgamento, sob a perspectiva de que se estaria indo de encontro com a disposição do § 2º, art. 251, do RICMS/BA.

Neste contexto, passando, então, a análise do mérito da autuação, vejo restar procedente as infrações 4, 5 e 6 por não se observar qualquer consideração de defesa em relação à apuração do levantamento quantitativo, quanto aos produtos, volume de compras e vendas, estoque, preços médios apontados; bem assim a apuração de base de cálculo e alíquota aplicada na apuração dos impostos lançados nas autuações, exceto quanto a arguição do defendant de que há erro no estoque informado na EFD, por ele próprio, e que por isso as ocorrências das omissões apontadas no Auto de Infração.

Há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Portanto, como as considerações de defesa não encontra guarita na legislação, e estando o procedimento fiscal acobertado pela norma legal, em especial as disposições da Portaria SEFAZ nº 445/98, considero que o conjunto das provas apresentado pelo Fiscal Autuante são suficientes para caracterizar as infrações imputadas.

Em relação à Infração 4, que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, observa-se que o valor das entradas supera o valor das saídas. Nessa situação, o sujeito passivo ao deixar de contabilizar entrada, presume-se que efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

Ou seja, constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Neste contexto, não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração 4 subsistente.

Por outro lado, a Infração 5 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, decorrente de entradas de mercadorias acobertadas pelo regime da Substituição Tributária, em valor superior ao das saídas, mediante levantamento quantitativo de estoque; e a Infração 6 diz respeito a falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, decorrente dessas mesmas mercadorias, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado.

Nesta situação, detectada a omissão de entrada em expressão monetária maior que a omissão de saída, como observado nas Infrações 5 e 6, decorrente de operações com mercadorias acobertadas pelo instituto da substituição tributária, o valor do débito apurado na Infração 5 deve ser considerado como crédito no demonstrativo de débito da Infração 6, afastando o “*bis in idem*” nas autuações. E assim procedeu o agente Fiscal na apuração do débito das autuações do Auto de Infração, em tela. Infração 5 e Infração 6 subsistentes.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração na forma a seguir destacado:

INFRAÇÃO	VALOR LANÇADO	VALOR DA DEFESA	VALOR JULGADO	RESULTADO
Infração 1	9.237,67	9.237,67	9.237,67	PROCEDENTE
Infração 2	4.499,72	4.499,72	4.499,72	PROCEDENTE
Infração 3	7.085,68	7.085,68	7.085,68	PROCEDENTE
Infração 4	6.853,79	472,92	6.853,79	PROCEDENTE
Infração 5	351.454,48	23.694,97	351.454,48	PROCEDENTE
Infração 6	116.428,77	7.848,22	116.428,77	PROCEDENTE
Infração 7	40.745,30	40.745,30	40.745,30	PROCEDENTE
Infração 8	76.629,28	76.629,28	76.629,28	PROCEDENTE
Infração 9	2.552,74	2.552,74	2.552,74	PROCEDENTE
Infração 10	2.038,49	2.038,49	2.038,49	PROCEDENTE
TOTAL	617.525,92	174.804,99	617.525,92	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299430.0004/19-9**, lavrado contra **ORGAFARMA ORGANIZAÇÃO FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$592.111,62**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$233.803,35, e de 100% sobre o valor de R\$358.308,27, previstas no art. 42, II, alíneas “d” e

“f”, VII “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$25.414,30**, prevista no inciso IX da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADOR