

A. I. Nº - 206951.0005/18-5  
AUTUADO - LUFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA EIRELI  
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA  
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/04/2021

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0030-04/21-VD

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Não há nos autos elementos probatórios capazes de obliterar as imputações fiscais. Não elidida a presunção de legitimidade da autuação prevista no Art. 143 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Contribuinte admite o cometimento de erro, que resultou na saída de produtos tributados como não tributados. DILIGÊNCIA: Indeferido pedido de realização de diligência fiscal. PGE: Despiciendo o pedido de atuação da PGE como “*custus legis*” no PAF. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão Unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 07/11/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$126.512,17 (cento e vinte e seis mil, quinhentos e doze reais e dezessete centavos reais), em decorrência da seguinte imputação:

*Infração 01 - 03.02.04: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. O contribuinte deu saída de mercadoria tributada como não tributada. Conforme demonstrativo anexo ao PAF. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro e junho a dezembro de 2014 e janeiro, março, abril e junho a dezembro de 2015. Multa de 60% prevista no Art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.*

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, presencialmente, em 08/11/2018 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 07/01/2019, peça processual que se encontra anexada ao PAF às fls. 98 a 113. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por Advogado legalmente constituído conforme instrumento de procuração de fls. 104/105.

Na peça impugnatória, inicia registrando que a autuante entendeu que o sujeito passivo deu saída de mercadorias tributadas como se fossem “não tributadas”. Que, de fato, houve saída de mercadorias tributadas como não tributadas, mas que isso não implicaria no cometimento das infrações a ela imputadas, razão pela qual o auto de infração não se sustenta.

Aduz que a autuante produziu demonstrativo que denominou “Demonstrativo – Saídas Tributadas” em que compara o “ICMS Devido” apurado considerando as notas fiscais de saídas com o “ICMS lançado no LRS”, demonstrando uma diferença a pagar mensal na coluna “ICMS a Pagar”. Que o confronto daqueles demonstrativos com os Registros do Bloco E das respectivas Escriturações Fiscais Digitais demonstra um grave equívoco cometido pela autuante. Que esta considerou para efeito de cálculo da suposta diferença devida apenas os débitos lançados nas operações a débito do imposto, deixando de verificar os créditos fiscais que a empresa dispunha em cada período.

Acrescenta que se a autuante houvesse feito uma análise apurada da escrituração fiscal haveria constatado que se há infração esta é muito diversa da que demonstra e se resumiria na mera falta de estorno de crédito fiscal, sem quaisquer consequências quanto ao valor do ICMS mensal a pagar. Que, em verdade, o contribuinte tem saldo credor de ICMS e não imposto a pagar.

Explica que todos os itens adquiridos passam por profissionais capacitados que avaliam e realizam algumas operações básicas que são confrontadas com as entradas escrituradas na EFD, tais como: reclassificação fiscal e cálculo das antecipações nas entradas. Que, além da antecipação total sobre os medicamentos, recolhe na entrada a antecipação parcial referente à aquisição de produtos tributados. Que essa antecipação tributária paga vinha, conforme a legislação, sendo creditada no mês subsequente ao pagamento, resultando em saldos credores acumulados.

Confessa que, no período fiscalizado, cometeu erros quanto à situação tributária dos itens comercializados, resultando na saída de produtos tributados como se fossem não tributados, mas, sem as consequências pretendidas pela autuante.

Diz que no arquivo da EFD transmitido, relativo a dez/2013, nota-se a existência de R\$128.017,56 de crédito fiscal a transportar para o período seguinte. Que, por erro, tal saldo credor não foi transportado para jan/2014. E que, equivocadamente, o valor de R\$138.059,45 foi transportado para fev/2014. Que reconstruiu as apurações de ICMS de 2014 e 2015, inserindo o valor de R\$128.017,56 de crédito fiscal a transportar em dez/2013 no campo destinado ao saldo credor de períodos anteriores em jan/2014. Que todos os demais saldos credores transportados entre períodos foram estornados para neutralizar o erro encontrado a partir de fev/2014. E que foram inseridos os débitos apurados pela auditoria fiscal no presente auto de infração.

Assevera que os citados demonstrativos instruem a presente impugnação, bem como todos os relatórios do Bloco E de apuração da EFD, entre dez/2013 e dez/2015, corroborando os valores constantes na planilha elaborada pela defesa.

Afirma que tais alterações nas apurações de ICMS dos períodos fiscalizados produziram um saldo credor acumulado em jan/2014 de R\$125.003,68, chegando a R\$180.381,00 em dez/2015, sem que nenhum dos períodos apresentasse saldo devedor a pagar. Que restou demonstrado que *“não há qualquer recolhimento a menor de ICMS, não subsistindo a infração apontada pela autuante...”*.

Solicita, com fulcro no art. 145 do RPAF, a realização de diligência fiscal a fim de comprovar suas alegações e confirmar os valores relativos à reconstrução das apurações do ICMS, que afirma estarem lançados no demonstrativo produzido pela defesa.

Requer a improcedência total do auto de infração e o funcionamento da Procuradoria Fiscal como *“custus legis”* no presente PAF.

Em informação fiscal acostada aos autos às fls. 117 a 119, a autuante diz que a autuada não apresenta provas que possam elidir a infração. Que tenta confundir os fatos alegando que o imposto teria sido apurado através do Conta Corrente o que não é verdade. Que pleiteia diligência fiscal, apesar de ter tido 60 dias para apresentar a defesa e as referidas provas. Que a auditoria teria errado por não ter considerado o saldo credor do período anterior, o qual já teria sido alcançado pela decadência.

Argui que na tentativa de elidir a infração a autuada confunde os fatos. Que alega que foi cobrado diferença de Conta Corrente o que não é verdade, pois o roteiro de auditoria aplicado foi o 202 “AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS FISCAIS”, isto é, Auditoria das Saídas, que o defendente não contesta. Que a alegação defensiva de que a empresa possui saldo credor em conta corrente e que isso se deu em razão do pagamento e apropriação como crédito da Antecipação Parcial não procede. Que no mês jan/2014 (fls. 14), não existe saldo credor do período anterior. Que o saldo credor surgiu do nada na escrituração de fevereiro (fls. 17), o que certamente constitui fraude fiscal.

Argumenta a autuante que mesmo que existisse o tal Saldo Credor, seria em decorrência da infração que ora foi apurada. Que certamente estava sendo cometida em exercícios anteriores, originando o acúmulo de crédito. Que se trata de uma Distribuidora de Medicamentos, cujas mercadorias estão sujeitas à Substituição Tributária. E que os créditos existentes são apropriados no momento do cálculo do ICMS Antecipado.

Repete que, se tal saldo credor existe é proveniente da mesma irregularidade que deu origem a autuação (saídas de mercadorias tributadas como não tributadas). Que os créditos dos documentos de entrada foram escriturados nos livros próprios, enquanto os débitos do imposto correspondentes às saídas tributadas, não foram lançadas. Que essa foi a razão pela qual a auditoria se preocupou com os débitos como alega a defesa, já que os créditos, a empresa apropriou, inclusive aqueles referentes à antecipação parcial, CIAP, etc.

Acrescenta que não há que se falar em saldo credor, vez que a Auditoria e a consequente autuação não tomaram por base o Conta Corrente Fiscal.

Requer que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE.

## VOTO

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$126.512,17 (cento e vinte e seis mil, quinhentos e doze reais e dezessete centavos), e é composto de 01 (uma) Infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal:

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.*

*(...)”*

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

*“CTN - LEI Nº 5.172/1966*

*(...)*

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

*(...)”*

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.*

*(...)”*

Na peça impugnatória, a autuada solicita: (i) a realização de diligência fiscal a fim de comprovar suas alegações defensivas e confirmar os valores relativos à reconstrução das apurações do ICMS; e (ii) “... o funcionamento da Procuradoria Fiscal como “custus legis” no presente PAF”.

Quanto à solicitação de diligência, visando “...comprovar suas alegações defensivas e confirmar os valores relativos à reconstrução das apurações do ICMS...”, entendo que aquela se enquadra na hipótese de indeferimento prevista no art. 147, I, “a” do “RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99, pois considero que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da convicção deste Relator. Indefiro, portanto, o pedido de diligência com fulcro no dispositivo legal referenciado linhas acima:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

(...)

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

(...)”

No tocante à solicitação que diz respeito ao “...funcionamento da Procuradoria Fiscal como “custus legis” no presente PAF”, registro que tal pedido é despiciendo na medida em que o RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99, consoante o disposto nos seus art. 118 e art. 113, já trata da atuação da PGE no processo administrativo, inclusive lhe atribuindo competência para proceder ao controle da legalidade do lançamento do crédito tributário:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 113. Compete à Procuradoria Geral do Estado - PGE proceder ao controle da legalidade e à Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e

Controle – DARC, a inscrição dos créditos tributários na Dívida Ativa.

(...)

Art. 118. Compete à Procuradoria Geral do Estado, mediante sua representação junto ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):

I - emitir parecer jurídico, visando à fiel aplicação da lei:

a) no prazo de 10 (dez) dias, nos casos previstos pela legislação ou sempre que solicitado pela autoridade competente;

b) facultativamente, no prazo estipulado no Regimento Interno do CONSEF, nos processos de que pedir vista;

II - participar das sessões das Câmaras de Julgamento e da Câmara Superior, podendo:

a) intervir nos debates, opinando livremente sobre a lide, em igualdade de condições com a conferida ao sujeito passivo;

b) prestar os esclarecimentos que lhe forem solicitados por qualquer dos membros do colegiado ou pelo sujeito passivo;

c) propor as medidas que julgar convenientes;

III - interpor os recursos cabíveis;

IV - pedir vista dos autos, nos termos do Regimento Interno do CONSEF;

V - praticar os demais atos inerentes às suas funções.

§ 1º O prazo fixado na alínea “a” do inciso I poderá ser prorrogado em até 10 (dez) dias, mediante pedido escrito dirigido ao Presidente do CONSEF.

§ 2º Quando o representante da Procuradoria Geral do Estado descumprir o prazo para proferir o parecer, nos termos deste artigo, os autos poderão ser requisitados pelo Presidente do Conselho de Fazenda Estadual, com fixação do prazo de 48 (quarenta e oito) horas para sua devolução, visando à conclusão da instrução e inclusão em pauta de julgamento, independentemente da manifestação da Procuradoria Geral do Estado.

(...)”

Na sequência, após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que: (i) a

descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, este está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que tange ao mérito da autuação, verifico que os argumentos defensivos trazidos pela defendente se resumem a afirmações que não atacam o cerne da questão em discussão, tais como: (i) a autuante considerou para efeito de cálculo da suposta diferença devida apenas os débitos, deixando de verificar os créditos fiscais em cada período; (ii) se há infração, esta se resumiria na mera falta de estorno de crédito fiscal, sem quaisquer consequências quanto ao valor do ICMS mensal a pagar; (iii) em dez/2013, havia R\$128.017,56 de crédito fiscal a transportar para o período seguinte, e que por erro, não foi transportado para jan/2014; (iv) que reconstruiu as apurações de ICMS de 2014 e 2015, inserindo os créditos citados e os débitos apurados pela fiscalização, sem que nenhum dos períodos apresentasse saldo devedor a pagar; e (v) “*não há qualquer recolhimento a menor de ICMS, não subsistindo a infração apontada pela autuante...*”.

Em suma, o fato comprovado é que, embora a impugnante tenha produzido a planilha de fls. 112, buscando comprovar a sua argumentação defensiva, constato que não há no PAF nenhum documento ou elemento probatório, capaz de elidir a imputação fiscal que deu origem ao Lançamento de Ofício em lide, mesmo porque na peça defensiva o contribuinte, desenganadamente, admite que cometeu a infração quando registra que “*... no período fiscalizado, cometeu erros quanto à situação tributária dos itens comercializados, resultando na saída de produtos tributados como se fossem não tributados ...*”.

Julgo, portanto, que no presente caso está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo pelo lançamento e recolhimento do ICMS apurado no levantamento fiscal consubstanciados nos documentos de fls. 12 a 91, que dão supedâneo à autuação em apreço, referente à Infração 01, descrita às fls. 02 deste PAF, em especial pelo fato daquele ter confessado o cometimento da infração e não ter trazido aos autos documentos e/ou elementos probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal descrita na peça de lançamento, vez que, na dicção do Art. 123, §5º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia à Autuada apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal, na fase de Impugnação do Lançamento:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(...)”

Destarte, como nenhuma prova documental aderente à acusação fiscal foi apresentada na peça de defesa interposta, considero que houve apenas a negativa da existência da infração, fato que, à luz do disposto no Art. 143 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), também abaixo reproduzido, não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

(...)

*In fine*, concluo que a auditoria de saídas de mercadorias tributadas, que se apresenta demonstrada nos autos, apurou diferenças a cobrar entre os valores de ICMS lançados a débito na escrita fiscal do contribuinte, e aqueles valores referentes às efetivas operações de saídas sujeitas à tributação apuradas pela autuante, em decorrência da realização de operações de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, conforme admitido pelo sujeito passivo em sua peça defensiva de fls. 98 a 113, as quais propiciam a substância necessária para legitimar a Infração 01, descrita no Auto de Infração que deu origem ao presente PAF, como totalmente subsistente.

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206951.0005/18-5**, lavrado contra **LUFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$126.512,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2021.

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – PRESIDENTA EM EXERCÍCIO

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR