

A. I. Nº - 299430.0009/19-0
AUTUADO - TOP VIDA - DISTRIBUIDORA HOSPITALAR LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/10/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. SAÍDAS DE MERCADORIA REGULARMENTE ESCRITURADAS. UTILIZAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Item reconhecido. **2.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS SEM A EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL. PRESUNÇÃO LEGAL. **a)** FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS ENTRADAS. **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. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Neste caso, deve-se também exigir o pagamento do imposto, atribuindo ao adquirente a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Considerações de erros foram acatadas parcialmente pelo agente Autuante, em sede de informação fiscal. Itens subsistentes parcialmente. **3.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Item reconhecido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 25/09/2019, para constituir crédito tributário no valor de R\$723.039,60, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme Demonstrativos Sintético de fls. 12, 18 e 42 dos autos, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 175. Lançado ICMS no valor de R\$30.671,65, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 2 - 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 aberto nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme Demonstrativo Sintético de fls. 58, 63 e 69 dos autos, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 175. Lançado ICMS no valor de R\$114.049,85, com enquadramento no art. 4º, § 4º, inciso IV; e art. 23-A, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 6º, 7º e 8º da Portaria 445/98 e multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 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 nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme Demonstrativo Sintético de fls. 81, 83 e 86 dos autos, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 175. Lançado ICMS no valor de R\$387.205,26, com enquadramento no art. 6º, inciso IV; e art. 23, inc. I, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 217, RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 10, inciso I, alínea “a”, da Portaria 445/98 e multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - 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 adicionada, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeita ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme Demonstrativo Sintético de fls. 73, 76 e 79 dos autos, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 175. Lançado ICMS no valor de R\$132.139,76, com enquadramento no art. 6º, inciso IV; e art. 23, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 217, RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 10, inciso I, alínea “b”, da Portaria 445/98 e multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 – 07.01.02: Efetuou o 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 exterior no ano de 2016, conforme Demonstrativo Sintético de fls. 173 e 174 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 175. Lançado ICMS no valor de R\$58.973,08, com enquadramento no artigo 8º, inciso II e § 3º; art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 183/190 dos autos, apresenta defesa administrativa, com documentos anexos, na qual impugna o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

Após descrever os termos das Infrações supostamente cometidas, diz, em relação a Infração 1 – 01.03.12, que o débito imputado nesta infração, conforme discriminada no Auto de Infração, declara tratar-se de matéria incontroversa. Desta forma aduz que o montante apurado se encontra devidamente quitado, conforme comprovante que pontua ter anexado.

Em relação as infrações 2, 3 e 4, considerando que decorrem de um mesmo cenário de fundo, qual seja: *“falta de recolhimento de ICMS por omissão de entrada”* estas serão enfrentadas de forma conjunta, com o destaque de que carecem de revisão, conforme a seguir.

- ***Duplicidade de Códigos/Descrição. Inobservância da Entrada de Itens.***

Registra que a empresa, de forma equivocada, se utilizou de diferentes códigos e descrições para identificar produtos de mesma espécie. Assim, no que pese o cuidado nobre Auditor em realizar a junção dos itens duplicados num mesmo código, este procedimento não abrangeu muitos outros

produtos de mesma espécie, ocasionando erro na qualificação final dos itens movimentados, objeto de fiscalização, conforme diz que se faz necessário revelar por planilhas, em anexo (Doc 2 – Agrupamento de Código).

Para tanto, diz que segue destacado abaixo parte da planilha citada, que aduz bem demonstrar o cenário acima:

TOP VIDA AGRUPAMENTO DOS CÓDIGOS					
Código-De	Descrição	Unidade	Código-Para	Descrição	Unidade
001.000204-001	BENZILPENICILINA 1.2000.000UI-PÓ INJ- FA-1X	FA	00000000000306	BENZILPENICILINA 1.2000.000UI	FA
2448	BENZILPENICILINA BENZATINA 1.2000.000UI-SOL. INJ.CX C-50FR-AMP	FA		BENZILPENICILINA 1.2000.000UI	FA
306	BENZILPENICILINA BENZATINA 1.2000.000UI- AMPOLA (TEUTO)	FA		BENZILPENICILINA 1.2000.000UI	FA
5108	BENZILPENICILINA BENZATINA PO PARA SUSPENSAO INJ. 1.2000.000UI- DILUENTE (TEUTO)	FA		BENZILPENICILINA 1.2000.000UI	FA

Registra que se encontra demonstrado que os itens identificados na coluna “Código – De” consistem naqueles de mesma espécie do identificado na coluna “Código-Para”, apesar do Auditor ter considerado a movimentação apenas dos produtos identificados com esse último código.

Diz, então, que dessa forma, não fora observada a existência das respectivas notas fiscais dos itens de códigos não fiscalizados, resultando em conclusão equivocada quanto à alegada omissão de entrada.

Pontua que, para tanto, segue em anexo Planilha com o panorama de Notas Fiscais de entradas de itens tidos como omissos, apesar de movimentados com os respectivos documentos fiscais, porém não observados no processo fiscalizatório, ora questionado (*Doc. 03 – Códigos não fiscalizados*).

Consigna que, como o procedimento de fiscalização se deu a partir de levantamento quantitativo de estoque fechado, a apuração do débito deveria considerar o agrupamento de itens da mesma espécie ou afins, apesar da inexatidão da identificação dos mesmos pelo Contribuinte, tal como dispõe a Portaria 445/98 na forma do art. 3º, inciso II, que destaca.

Portanto, pede revisão das bases de cálculo utilizadas na mensuração das infrações 2, 3 e 4, cabendo a reapuração dos valores imputados.

• **Fator de Conversão**

Ademais, diz que, a alegada omissão de entrada também carece de revisão, por conta da utilização inadequada do fator de conversão por parte da fiscalização.

Explica: como os arquivos auditados (SPED Fiscal do período de 2015, 2016 e 2017 não contem o registro 0220 (Fator de Conversão), o Fiscal presumiu, de forma linear, um mesmo fator de conversão “01” para todos os itens fiscalizados, querendo fazer crer que as unidades de medida constante na Notas Fiscais de Entrada, estabelecidas pelo fornecedor, são as mesmas adotadas pela empresa autuada.

Pontua que segue em anexo as planilhas fornecidas pelo Fiscal, que bem revelam o fator de concessão considerado no processo fiscalizatório (*Doc. 04, 05 e 06 – Planilha do Fiscal / exercícios 2015 – 2016 – 2017*).

Diz que tal critério é inapto para verificar o real quantitativo de itens movimentados, já que a

Empresa autuada se valeu de diferentes fatores de conversão, conforme diz se verificar por planilha em anexo (*Doc. 07 – Fatores de Conversão Divergentes*), pelo qual aduz restar demonstrado que os quantitativos de entrada, considerados pela Fiscalização, são completamente destoados dos efetivamente utilizados pela Autuada.

Pede para ver um cenário exemplificativo, extraído da planilha acima citada, conforme quadro a seguir destacado:

AUDITOR FISCAL						EMPRESA TOP VIDA					Qtd não Considerada
NuDoc	CodItem	DescItem	FatConv	UnGrEst	QtConv	Num	CodItem	FatConv	Qtd	Unid	
83035	5512	FITA/P GLICOSI- METRO CX C/50	1	CX	500	830035	5512	50	25.000	UND	24.500

Registra que, no caso em tela, percebe-se que ao utilizar fator de conversão de “1”, o Fiscal considerou a entrada de 500 caixas, tal como se verifica da Nota Fiscal de Entrada, porém, a Empresa Autuada considerou a entrada de 25 mil itens, correspondente a 50 unidades por caixa, já que o produto é comercializado em unidade, aplicando, portanto, fator de conversão “50”.

Tal cenário diz ter comprometido os resultados alcançados pela Fiscalização, que ao padronizar um mesmo fator de conversão para os itens fiscalizados desconsiderou a dinâmica de como tais produtos foram movimentados pelo Contribuinte.

Desta maneira, diz que resta demonstrado a insubsistência das alegadas omissões de entrada, porquanto pautadas em critérios equivocados de quantificação dos itens movimentados.

• **Base de Cálculo – Exercício 2017**

Ainda em relação ao enfrentamento das Infrações 02, 03, e 04, diz que não merece acolhimento a base de cálculo considerada em 31/12/2017, utilizada como um dos cenários de apuração do débito imputado à defendente, já que não observado o panorama geral do fluxo de notas fiscais de entrada e saída e respectivos itens movimentados.

Para tanto, aduz acostar aos autos planilha com cenários destacados no corpo da defesa, à fl. 189, cujos resultados diz que demonstram que é merecedor de revisão a apuração da base de cálculo sobre a alegada omissão de entrada de 2017, assim como o valor final dos débitos imputados.

Em relação a infração 5, diz que alega o fisco que supostamente efetuou o 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.

Aduz, então, que o Autuante utilizou da aplicação do PMC nas suas planilhas de cálculo, resultando na apuração de valores destoadas da realidade, porquanto em claro afronta a Resolução 03 da Câmara de Regulação de Medicamentos que proíbe sua divulgação na hipótese de produtos destinados a Hospitais, Clínicas e Órgãos Público.

Ademais, diz que a Portaria SEFAZ/BA, via Decreto n ° 17304 de 27.12.2016 (DOE 28.12.2016) procedeu com alteração do §12 do art. 289, ao suprimir a aplicação daquele índice pelo Superintendente da Administração Tributária.

Assim, diante dos cenários descritos, solicita cancelamento do débito, cabendo aplicação da retroação benéfica dos fatos originados anteriormente, por não trazer quaisquer prejuízos para o Erário Público.

Ante o exposto, diz que, após demonstrada a insubsistência dos resultados da ação fiscal, requer que seja acolhida a presente impugnação, para o fim de revisar os débitos imputados, no que concerne às Infrações 02, 03 e 04. Em relação à Infração 01, manifesta-se pela procedência do débito, o que será alvo de quitação. Por fim em relação a Infração 05, pede-se plena improcedência e consequente cancelamento do débito, já que eivado de ilegalidade.

Às fls. 1.543/1.549, vê-se Informação Fiscal, produzida pelo Fiscal Autuante, com documentos e

novos demonstrativos, que a seguir passo a descrever:

Diz que a empresa Top Vida – Distribuidora Hospitalar Ltda., Inscrição Estadual nº 062.026.098, apresenta, em razão da lavratura do Auto de Infração em epígrafe, peça defensiva contestando parte do lançamento efetuado.

Neste contexto, destaca 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 terceiro trimestre de 2019, abrangendo os exercícios de 2015 e 2017, tendo resultado no presente auto de infração com valor total de R\$ 1.460.469,34, em razão de diversas infrações.

- *Infrações 02, 03 e 04 – Omissão de entradas de mercadorias, inclusive de enquadradas no regime da substituição tributária*

A primeira alegação para estas infrações diz respeito a agrupamento de itens. Após os levantamentos preliminares, ainda na fiscalização, enviou ao contribuinte planilhas contendo as omissões detectadas. Diz que este argumento de agrupamento de itens foi apresentado pelos representantes da empresa, só que de forma geral, ou seja, sem especificar em qual exercício existia os produtos para serem agrupados. Aduz que foi enviado formalmente pelo contribuinte (fls. 152 a 172) as sugestões de grupamento, sendo que às fls. 153 a 162 estão identificadas por exercício.

Desta forma, diz que o trabalho obedeceu rigorosamente às sugestões do contribuinte, conforme dito no complemento da descrição das infrações.

Registra que vem agora o contribuinte e alega novamente falta de agrupamento, só que, mais uma vez, juntou uma planilha (fls. 194 a 205) sem indicar a qual exercício se refere. Pontua que intimou o contribuinte para novas explicações, e, em resposta foi revelado (fls. 1551 a 1553) que os questionamentos das infrações são relativos somente ao exercício de 2017. Diz que juntou também uma planilha com os produtos que deveriam ser agrupados (fls. 1154 a 1560).

Analisando esta planilha, registra que chegou à conclusão que realmente alguns produtos deveriam ser agrupados, assim como outros identificados durante a fase de discussão desta última planilha.

Destaca, então, no corpo da peça de defesa, à fl. 1.544, os produtos que foram agrupados. Mais adiante destaca, também, no corpo da peça de defesa, à fl. 1.545, os produtos que entende que não cabiam novo agrupamento. Diz que é a maioria porque já estava agrupado no trabalho inicial da auditoria ou não era pertinente.

Quanto ao questionamento apresentado pelo contribuinte, relativo à falta do fator de conversão no SPED fiscal. Diz que, embora não exista este fator de compensação, o próprio contribuinte, quando adquiria produtos em unidade de medidas diferente (caixa) da que trabalha (unidade), fazia a conversão pertinente.

Pede para observa, por exemplo, as aquisições dos produtos na tabela abaixo, nas quais diz que o contribuinte fez a conversão das quantidades na sua escrita fiscal:

PRODUTO	CÓD. GRUPO	N.º NFE	QUANT.	QUANT. CONVER.	Ver. FLS.
Hidroclorotiazida 25mg/comp	5197	100.582	300	120.000	113
Gliclazida 30mg/comp	000240-3	41.260	1.440	43.200	106
Dexclorfeniramina 2mg comp	5075	239.097	20	10.000	112

Diz que as citadas notas fiscais estão às fls. 1.561 a 1.563 dos autos. Pontua que, em outros casos questionados não há necessidade de conversão, pois as mercadorias eram vendidas nas mesmas unidades medidas adquiridas.

Exemplo desta última arguição é a situação exemplificada pelo contribuinte às fls. 188, relativa a uma aquisição no exercício de 2016. Nela o contribuinte alega que na aquisição da “fita p/glicosímetro cx c/50” deveria multiplicar a quantidade adquirida (500) pela quantidade existente

em cada caixa (50), como se a empresa vendesse a fita em unidade. Acontece que este item era vendido em caixa, portanto não há necessidade qualquer conversão. Como prova, diz ter juntado o DANFE da NF-e 83035 (fls. 1564) citado pelo contribuinte, cuja preço unitário do produto é R\$21,00, e os DANFES de NF-es de saídas 3.595, 4.740 e 4.801 (fls. 1565 a 1567), com preços unitários de R\$37,80 e R\$68,00.

Às fls. 253 diz que o contribuinte relaciona, além deste, outros itens que, segundo ele, deveriam ser convertidos em unidades menores. Apresenta, então, suas observações:

- a) NF-e 1806038 –O “*haloperidol de 5mg*” adquirido nesta NFE foi o de código 001.002530-001, que foi agrupado com o item 22. Neste caso, o contribuinte realmente não fez a conversão para a unidade que trabalha. Por isto, diz ter multiplicado a quantidade adquirida do fornecedor por 200, que é a quantidade de comprimidos de cada frasco.
- b) NF-es 3858, 4272, 3662, 5865, 6705, 6062, 6239, 5526, 5550, 6180, 3568 e 3598 – tratam-se de nota fiscais de devolução de vendas, portanto incabível o argumento apresentado (ver fl. 1568 a 1579).
- c) NF-es 1802793, 1930532 e 1728967– o produto adquirido por estas NFEs, “*neozine 100mg*”, não apresentou nenhuma omissão no exercício de 2016. Seu estoque inicial era de 120 unidade, foram adquiridas por estas notas 180 unidades e seu estoque final foi de 300 unidades. Portanto, nada havia para converter.
- d) NF-e 492058 – a “*claritromicina 500mg*” adquirida nesta NFE foi a de código 001.000595-001, que foi agrupado com o item 5122. Diz que já havia observado esta falta de conversão durante os trabalhos iniciais, e, por conta disto, multiplicou a quantidade adquirida por 10, que é a quantidade de comprimidos do frasco (ver fls. 113).
- e) NF-e 58409 – o “*aciclovir creme*” adquirido pela contribuinte tem como unidade a bisnaga, pelo preço unitário de R\$ R\$ 1,97, e a vendeu esta mesma unidade por R\$ 6,64, logo não há divergência de tratamento. As NFEs de entrada e uma de saída (nº 5168), comprovam isto (fls. 1580 e 1581).
- f) NF-e 42643 - o produto adquirido por esta NFE foi comercializado pelo contribuinte na mesma unidade de aquisição. Basta comparar esta NFE com a de saída, de número 3973 (fls. 1582 e 1583?).
- g) NFE 112497 - O “*clopidogrel de 75mg*” adquirido nesta NFE foi a de código 001.002680-001, agrupado ao item 000513. Este produto não apresentou nenhuma omissão, pois as 6 unidades adquiridas ficaram no estoque final.
- h) NF-es 2179279 e 364700 - a “*gliclazida 30mg*” adquirida nestas NFE foi a de código 001.000240-001, agrupada ao item 000240-3. De fato, não houve a conversão para a quantidade trabalhada, o que agora diz ter efetuado, multiplicando por 30 (comprimidos por frasco).
- i) NF-e 913950 - não há aquisição do produto com este código (4977) na citada NFE. O “*cloridrato de oxibutinina*” adquirido nesta NFE foi a de código 001.000339-001, mas este produto não fez parte do levantamento quantitativo de estoque.
- j) NF-e 112497 e 2179279 – as “*atrovastatinas cálcicas*” adquiridas nestas NFE foram as de códigos 001.001602-001 e 001.001602-002, as quais fazem parte do grupo 3982. Estes produtos não apresentaram nenhuma omissão, pois as 6 unidades adquiridas por ambos ficaram no estoque final.
- k) NF-e 2067456 - a “*paroxetina 20mg*” adquirida tem o código 001.002656-001, e foi agrupada com o item 5788. Este produto não apresentou nenhuma omissão, pois as 93 unidades adquiridas ficaram no estoque final.
- l) NF-e 20331462 - o “*fluconazol 150mg*” adquirido tem como código 001.000558-003, juntado ao item 567. Este produto não apresentou nenhuma omissão, pois as 2 unidades adquiridas

ficaram no estoque final.

- m) NF-e 2083287 - a “valsartana” adquirida tem como código 001.002507-002 e foi agrupada ao item 002507. Diferentemente do que ocorreu na aquisição deste mesmo produto através da NFE nº 2031462, na qual o contribuinte converteu as unidades adquiridas na sua escrita fiscal (multiplicou por 28 comprimidos), nesta aquisição isto não ocorreu. Por isto, diz ter alterado as omissões deste produto.
- n) NF-e 776683 - não há aquisição do produto com este código (00000000005512) na citada NFE. A “fita p/glicosímetro” adquirida nesta NF-e foi a de código 00000000001007, entretanto não teve nenhuma saída em 2016, nem tinha estoque inicial ou final, logo não dá para apurar se a empresa trabalhava com unidade de medida diferente.

Neste contexto, diz que, após este trabalho de revisão, as infrações do exercício de 2017, relativas à omissão de entradas de mercadorias, ficaram assim, conforme novos demonstrativos anexos:

DESCRIÇÃO	VALOR ANTERIOR	REDUÇÃO	VALOR REVISTO
Presunção de omissão de saídas (04.05.04)	95.939,16	39.688,81	56.250,35
Responsabilidade solidária (04.05.08)	332.681,77	137.626,19	195.055,58
Antecipação Tributária (04.05.09)	113.805,17	45.416,64	68.388,53
Totais	542.426,1	222.731,64	319.694,46

Em relação a Infração 05 – Antecipação tributária a menor, diz que questiona o autuado que utilizou o PMC (preço máximo ao consumidor) em afronta “à Resolução nº 03 da Câmara de Regulação de Medicamentos” (fls. 1584), que proíbe a sua divulgação “na hipótese de produtos destinados a Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos” e que a Sefaz, através do Decreto nº 17304 de 27/12/2016, alterando o parágrafo 12 do art. 289, fez “suprimir a aplicação daquele índice pelo Superintendente da Administração Tributária”.

Registra que estes argumentos não têm nenhum cabimento. Primeiro porque uma norma da Câmara de Regulação de Medicamentos não pode regulamentar a cobrança do ICMS em qualquer Estado da Federação. Ainda que esta norma, de 2009, tivesse este poder, o seu artigo terceiro refere-se apenas à proibição de “publicação de Preço Máximo ao Consumidor – PMC, em qualquer meio de divulgação, para medicamentos cujo registro defina ser o mesmo de uso restrito a hospitais e clínicas”.

Por sua vez, diz que o artigo 289, parágrafo 10 e inciso III, do RICMS/BA, estabelece que a base de cálculo da substituição tributária nas operações com medicamentos será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador, a menos que possuam preço único ou máximo estabelecido pela CMED, o que não foi o caso das aquisições deste contribuinte.

Quando o contribuinte que adquire estes medicamentos os vende para hospitais, clínicas e órgãos públicos o parágrafo 12 deste mesmo artigo estabelecia, até 28/12/2016, que os atacadistas poderiam utilizar a MVA para o cálculo da antecipação tributária, desde que autorizados pelo titular da Superintendência de Administração Tributária, porém este contribuinte não possuía esta autorização.

Sabedora desta regra, diz que, o Autuado, através do processo SIPRO nº 078221/2016, fez o requerimento (cópia às fls. 1585) ao citado superintendente, mas somente em 10 de maio de 2016. Por conta disto é que utilizou o PMC nos cálculos da antecipação tributária até esta data, embora sabendo que a autorização não havia sido ainda concedida.

O que o contribuinte erroneamente fala da supressão, através do Decreto nº 17.304/2016, da aplicação do PMC no cálculo da antecipação tributária, na verdade se trata da retirada da necessidade de autorização do Superintendente para uso da MVA.

Portanto, a partir da data deste Decreto não mais foi exigida esta obrigação.

Em conclusão diz que, embora o artigo 127, § 8º, do RPAF determine que não há necessidade de

ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada, que é o caso do resultado desta Informação Fiscal, recomendou que cópia deste relatório seja encaminhado ao contribuinte.

Em seguida, pediu que seja enviado ao CONSEF para a adoção das providências de praxes.

Às fls. 1.638/1.639, voltando aos autos, o Contribuinte Autuado, diz que, conforme bem relatado pelo nobre Auditor, umas das linhas de defesa apresentada, pela empresa Autuada, relaciona à não observância de agrupamento de itens, de maneira a demonstrar a necessidade de revisão dos quantitativos de omissões de entrada imputados no Auto de Infração.

Registra que, apesar do Fiscal ter concordado em parte com a defesa, ensejando diminuição do valor do débito inicialmente sustentado, ainda assim persiste cenário pendente de observância por esta fiscalização.

Diz tratar da Infração 03, especificamente na ocorrência datada em 31/12/2017, no qual fora determinado a quantia de R\$1.848.232,06 a título de base de cálculo de omissão de entrada.

Pontua que, conforme diz demonstrar por planilha anexo (Doc. 01), segue listagem de 14 itens cujos quantitativos de omissão de entrada contradizem aos apresentados no Auto de Infração, e que, por isso mesmo, impactam o custo médio daqueles itens, persistindo a necessidade de revisão da base de cálculo e o débito considerado na infração acima mencionada.

Diz que vale destacar que a base de cálculo questionada fora apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Aduz que este modelo de análise se encontra refletido na planilha em anexo, de forma comparativa ao cenário trazido pela Fiscalização, porquanto revelador de diferenças importantes nos estoques finais, e, por conseguinte, nos custos médios dos itens ali discriminados.

Assim, diante do exposto, e a título de manifestação à peça de Intimação, requer consideração do cenário fiscal aqui sustentado, de maneira a ensejar revisão da base de cálculo da ocorrência datada de 31/12/2017 da Infração 03 do Auto de Infração, em tela.

À fl. 1.642 dos autos, vê-se informação do Autuante quanto a manifestação do sujeito passivo de fls. 1.638/1.639, onde diz que o defendente apresentou considerações, alegando a existência de *“14 itens cujos quantitativos de omissão de entrada contradizem aos apresentados no Auto de Infração”*, e cita uma *“planilha em anexo (Doc.01)”*.

Diz, então, que tal *“planilha”* não foi anexada à referida manifestação, nem consta do CD/Mídia que foi a ela juntado.

Neste sentido, para evitar postergação na apreciação deste AIIM pelo CONSEF, diz ter intimado mais uma vez o Contribuinte Autuado, para que apresentasse os elementos faltante, no intuito de atender, portanto, ao disposto no §3º, do art. 8º, do RPAF. Diz que foi atendido os quais foram anexados ao presente PAF.

Momento seguinte, registra que a *“planilha”* limita a listar supostas divergências entre os seus demonstrativos da Infração 03 e quantitativos que a empresa deve ter levantado, sem, contudo, informar a origem destes quantitativos para que pudesse contestá-los.

Sendo assim, diz manter na íntegra os termos da Informação Fiscal apresentados de fls. 1.543/1.629 e envia o presente PAF a este Conselho de Fazenda para julgamento.

Às fls. 1.638/1.639, o Contribuinte Autuado, volta aos autos trazendo manifestação em relação ao agrupamento de itens e custo médio, conforme a seguir:

Diz que, conforme bem relatado pelo nobre Auditor, uma das linhas de defesa apresentada diz respeito à não observância de agrupamento de itens, de maneira a demonstrar a necessidade de revisão dos quantitativos de omissões de entradas imputados.

Assim, registra que, apesar do Fiscal ter concordado em parte com a defesa, ensejando

diminuição do valor do débito inicialmente sustentado, ainda assim diz que persiste cenário pendente de observância pela Fiscalização, já que é de grande impacto na determinação do quantum devido pelo Autuado.

Trata-se da infração 03, especificamente na ocorrência datada em 31/12/2017, não qual diz que fora determinada a quantia de R\$1.848.232,06 a título de base de cálculo de omissão de entrada.

Pontua que, conforme demonstrado por planilha que diz anexar aos autos (Doc. 01), lista 14 itens cujos quantitativos de omissão de entrada contradizem aos apresentados no Auto de Infração, em tela, e que, por isso, registra que impactam o custo médio daqueles itens, persistindo a necessidade de revisão da base de cálculo e do débito considerados na Infração 03.

Assim, requer a consideração do cenário fiscal aqui sustentado, de maneira a ensejar revisão da base de cálculo da ocorrência datada em 31/12/2017 da Infração 03 do Auto, de maneira a garantir a justa imputação do quantum devido.

À fl. 1.642 consta Despacho do agente Fiscal Autuante quanto a alegação do Contribuinte Autuado da existência de *“14 itens cujos quantitativos de omissão de entrada contradizem aos apresentados no Auto de Infração”*, em que cita uma *“planilha em anexo (doc.01)”*.

Registra que que tal “planilha” não foi anexada à referida manifestação, nem consta no DVD que diz ter sido anexado.

Para evitar postergação na apreciação do presente PAF pelo Consef, diz ter intimado mais uma vez, o Contribuinte Autuado, que apresentasse os elementos faltantes nos termos do § 3º, do art. 8º, do RPAF. Diz, então, que o contribuinte apresentou os elementos citados, os quais aduz terem sido anexados ao PAF.

Em seguida diz que a planilha apresentada se limita a listar supostas divergências entre os demonstrativos da infração de nº 3 e quantitativos levantados pela defendente, sem, contudo, informar a origem destes quantitativos para que pudesse contestar.

Sendo assim, diz manter na íntegra os termos da Informação Fiscal apresentada às fls. 1.543 a 1.631 dos autos.

Neste contexto, em sede de Instrução, este Relator, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, em pauta suplementar do dia 30/06/2020, este Relator, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, onde se decidiu converter o presente processo em diligência (fls. 1.652/1.654) ao Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- **Item 1: intimar o sujeito passivo** a apresentar esclarecimentos quanto a origem dos quantitativos dos 14 (quatorze) itens relacionados na “Planilha” de fl. 1.645, trançando considerações do porquê dos quantitativos objetos da citada planilha estarem corretos em contraposição aos quantitativos do novo levantamento fiscal apresentado pelo Agente Fiscal em sua Informação Fiscal de fls. 1.543/1.631 elaborado a partir de suas considerações de defesa de fls. 183/190 dos autos
- **Item 2:** de posse das informações apresentadas pelo sujeito passivo destacada no “**Item 1**”, o i. Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Após cumprido o pedido de diligência, deverá retornar o presente PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Às fls. 1.657/1.661, o agente Fiscal Autuante, em atendimento ao Pedido de Diligência da 4ª JJF volta aos autos nos seguintes termos:

Diz que a empresa Top Vida – Distribuidora Hospitalar Ltda., Inscrição Estadual nº 062.026.098,

apresentou, às fls. 1.644 e 1.645, novas contestações somente das infrações relativas ao levantamento de estoque de 2017, juntando planilha, mas sem demonstrar a base em que estes quantitativos foram levantados.

Atendendo a diligência solicitada pelo relator, para que apresentasse esclarecimentos “quanto a origem dos quantitativos dos 14 (quatorze) itens relacionados na ‘Planilha de fl. 1.645’”, bem como suas considerações do porquê das diferenças, o contribuinte, após devidamente intimados por nós, conforme fl. 1.662, envio-nos, via DTE, seus esclarecimentos e juntou somente planilhas detalhadas do movimento de cinco produtos de códigos agrupados nº 5788, 22, 212, 000513 e 567 (fls. 1.663 a 1.572).

- *Produto de código 5788 (PAROXETINA 20MG)*

Nas suas explicações, diz que o contribuinte alega que o valor médio deste produto é de R\$3,19, “enquanto que o apresentado pelo Fisco encontra-se no patamar de 91,59”. Seu demonstrativo à fl. 1.645 também apresenta este preço médio e informa que a quantidade de entradas é de 180 itens, e não de 93.

Registra que há um erro nesta explicação. O autuado colheu este valor de R\$91,59 nos demonstrativos originais das infrações. Quando da Informação Fiscal, diz ter observado a falta de agrupamento deste item e refez os cálculos, cujo valor unitário foi reduzido para R\$0,27, portanto até bem menor que o contribuinte sugere, resultando no valor de omissão de entrada deste produto de apenas R\$2.389,50. Diz que os demonstrativos às fls. 1.601 e 1.604 comprovam essa informação.

Diz que a diferença de 87 itens nas entradas decorre do fato de ao agrupar o item 5788 a outros (ver. fl. 1.592) teria que fazer a conversão das unidades adquiridas por este item, já que foram em caixa de 30 unidades, cada. Feita esta conversão, o quantitativo das omissões se iguala ao indicado pelo contribuinte à fl. 1.645, mas seu custo médio continua bem menor do que ele indica (R\$0,26).

Com isto, diz que o resultado deste item nas infrações passa a ser:

Infrações	BC Correta	Propor/MVA	BC ICMS	ICMS correto	ICMS anterior	Diferença
Presunção de omissão de saídas	2.278,38	0,2884	657,08	118,27	124,04	5,77
Responsabilidade solidária	2.278,38		2.278,38	410,11	430,11	20,00
Antecipação tributária	2.278,38	33%	3.030,25	135,34	141,94	6,60
Totais				663,71	696,09	32,38

- *Produto de código 22 (HALOPERIDOL COMPRIMIDO 5MG)*

Diz que na planilha apresentada pelo contribuinte às fls. 1.645 constam diferenças no estoque inicial, estoque final, na entrada e no preço unitário deste produto.

Ele aponta que nos estoques inicial e final há uma diferença de 21.700 itens. Logo, tais diferenças não afetam o resultado final da apuração. Estas diferenças referem-se ao produto de código 00000000000022 (HALOPERIDOL 5MG COMP), que não agrupou ao código 22 por não ver necessidade. Diz que este produto tem estoque inicial de 21.700 unidades, não houve entradas e nem saídas, e seu estoque final é das mesmas 21.700 unidades, portanto sem nenhuma omissão de entrada ou de saída.

Quanto às entradas, diz que a planilha do contribuinte aponta que sua empresa achou uma quantidade de 17.000 itens, enquanto que na apuração aparecem 14.015 unidades. Também neste caso, o contribuinte tomou como base os demonstrativos iniciais das infrações, ou seja, antes da Informação Fiscal. Na fl. 1.604 está claramente demonstrado que foram consideradas entradas de 17.000 itens, cuja notas fiscais de entradas encontram-se relacionadas na fl. 1.617, que é exatamente igual à planilha que o contribuinte alega.

No que diz respeito ao preço médio, que ele aponta ser de R\$0,09, e não R\$0,21, informo que o contribuinte, mais uma vez, utilizou-se dos demonstrativos originais das infrações. Na revisão dos cálculos constante da Informação Fiscal verificou o equívoco, e o preço médio que consta

dos novos demonstrativos é de R\$0,10 (fls. 1.600 e 1.604), maior que R\$0,01 do que ele apresenta.

De acordo com artigo 23-A, inciso II, letra “a”, da lei do ICMS, a base de cálculo das omissões de entradas será o custo médio das compras do último mês de aquisição. Como se tratam de itens agrupados, a Sefaz calcula este preço médio considerando as últimas aquisições de cada um dos itens que fazem parte do grupo.

À fl. 1.607 está demonstrado que para este item agrupado de código 22 o cálculo do custo médio levou em consideração as notas fiscais nº 1806038, de 08/09/2017, relativa ao item de código 001.002530-001, e as de números 220889, 222301 e 222302, do item de código 001.002896-001, ambos agrupados ao item 22, conforme fls. 1.590, que correspondem às últimas entradas de cada um dos itens deste grupo.

Isto posto, diz não ver necessidade de alterar o valor das omissões deste item.

- *Produto de código 212 (COMPLEXO B INJ 2ML)*

Segundo a planilha apresentada pelo contribuinte à fl. 1.645, há diferenças nos estoques inicial e final, nas entradas e nas saídas deste produto.

Reiteramos que não há estoques inicial ou final deste produto, de acordo com as EFD's enviadas pelo contribuinte. De qualquer sorte, a diferença que ele aponta no estoque inicial é igual à do estoque final, o que não distorce o levantamento feito.

A diferença de 594 itens nas entradas pode ser assim explicada. Conforme sua planilha agora enviada relativa a este item (fl. 1.665), através das notas fiscais nº 5526 e 5550 foram devolvidas 6 unidades deste produto, mas, na verdade, foram devolvidas duas caixas contendo 100 unidades, cada uma. Com isto, convertendo-se as caixas em unidades tem-se mais 594 itens. Para comprovar esta assertiva, basta ver na própria planilha do contribuinte que os preços unitários das demais notas fiscais de devolução variam de R\$1,01 e R\$1,58, enquanto que o preço unitário das NFE's 5526 e 5550 é de R\$158,40. Já os preços unitários de aquisições variam de R\$0,64 a R\$0,72.

A diferença de 891 itens nas saídas decorre da mesma situação. As Notas Fiscais de saídas 5457, 5498 e 5504 referem-se a saídas de 9 ampolas, mas se tratam de caixas com 100 unidades, cada (fl. 1.666). Convertendo-se caixa em unidades teremos exatamente mais 891 itens de saídas. Da mesma forma, basta verificar que os preços unitários de saídas das demais notas fiscais variam de R\$0,58 a R\$3,17, enquanto que os preços unitários das caixas se situam em R\$158,40.

Sendo assim, não há nada que macule os cálculos deste item nas infrações.

- *Produto de código 000513 (CLOPIDOGREL BISSULFATO 75MG/COMP)*

Diz que o contribuinte aponta na sua planilha que há uma diferença de 204 itens nas entradas e de 144 nas saídas e informa que o preço unitário deste produto é de R\$0,46, enquanto nosso cálculo acha R\$0,49.

Nas entradas, diz que verificou que houve, através da NF-e nº 112497, uma aquisição de 6 caixas com 30 comprimidos deste medicamento, mas o contribuinte não fez a conversão para unidade, que é sua forma de comercialização. Sendo assim, ao invés de ter 6 unidades tem-se 180, resultando no acréscimo de 174 unidades. Por outro lado, não encontrou na NF-e 5865 qualquer devolução de venda deste medicamento, como destaca a planilha do contribuinte à fl. 1.667. Cópia do Danfe desta NF-e está nas fls. 1.673 a 1.583.

Acusa o contribuinte de existirem saídas de 60 unidades deste medicamento, conforme planilha à fl. 1.645. Na planilha explicativa que agora juntada (fl. 1.668) há duas notas fiscais, de nº 5859 e 5889, que indicam a saída destas 60 unidades. Porém, não se constata nestas notas fiscais a saída deste produto, conforme cópia dos respectivos Danfes que anexa (fls. 1.684 a 1.705).

O preço unitário, de R\$0,49, atribuído nos nossos demonstrativos decorre de última entrada deste medicamento, que se deu através da NFE 74987 (fl. 1.606) e consta da mesma planilha enviada pelo contribuinte (fl. 1.667).

Feita a conversão de unidade da NF-e 112497, o resultado do levantamento quantitativo de estoque para este item é o que segue:

Infrações	BC Correta	Propor/MVA	BC ICMS	ICMS correto	ICMS anterior	Diferença
Presunção de omissão de saídas	4.148,34	0,2884	1.196,38	215,33	219,76	4,43
Responsabilidade solidária	4.148,34		4.148,34	746,70	762,05	15,35
Antecipação tributária	4.148,34	33%	5.517,29	246,41	251,48	5,07
Totais				1.208,44	1.233,29	24,85

- *Produto de código 567 (FLUCONAZOL 150 MG CAPS)*

Diz que a planilha à fl. 1.645 aponta somente uma diferença de 58 itens nas entradas deste produto em relação aos nossos demonstrativos das infrações. Neste caso, aconteceu o mesmo problema com relação ao produto de código 000513. Através da Nota Fiscal nº 2031462 (fl. 1.567), o contribuinte adquiriu duas caixas deste produto, cada uma com 30 unidades, mas não fez a conversão na sua EFD, resultando de lançamento de apenas dois itens.

Feita esta conversão, diz que o resultado deste medicamento passa o seguinte:

Infrações	BC Correta	Propor/MVA	BC ICMS	ICMS correto	ICMS anterior	Diferença
Presunção de omissão de saídas	2.344,16	0,2884	676,06	121,68	122,37	0,69
Responsabilidade solidária	2.344,16		2.344,16	421,95	424,35	2,40
Antecipação tributária	2.344,16	33%	3.117,73	139,24	140,04	0,80
Totais				682,87	686,76	3,89

Em conclusão diz que as alterações julgadas corretas, o novo valor das infrações apuradas através de levantamento quantitativo de estoque do exercício de 2017 é o abaixo informado, tomando como referência seus valores iniciais:

DESCRIÇÃO	VALOR AI	REDUÇÃO INF. FISCAL	REDUÇÃO DILIGÊNCIA	VALOR REVISTO
Presunção de omissão de saídas (04.05.04)	95.939,16	39.688,81	10,89	56.239,46
Responsabilidade solidária (04.05.08)	332.681,77	137.626,19	37,75	195.017,83
Antecipação tributária (04.05.09)	113.805,17	45.416,64	12,47	68.376,06
Totais	542.426,10	222.731,64	61,11	319.633,35

Em seguida diz que enviou ao contribuinte, via DTE, o resultado desta Diligência, bem como os novos demonstrativos destas infrações do exercício de 2017 alterados em razão deste resultado, para seu conhecimento.

À fl. 1.744 vê-se a juntada de novos documentos pelo Contribuinte Autuado.

Às fls. 1.757/1.763, vê-se, também, Informação Fiscal, desenvolvida pelo agente Fiscal Autuante, intitulada “DILIGENCIA FISCAL – COMPLEMENTO”, que passo a descrever:

Após efetuado um pequeno resumo das motivações dessa nova Informação Fiscal, diz que, depois de efetuada a análise dos produtos objeto da informação de fls. 1657 a 1740, e, por conseguinte, comunicado ao contribuinte seu resultado também via DTE (fl. 1741), este novamente se manifestou alegando que “os anexos apresentados não foram em sua totalidade, tendo em vista que ultrapassou o limite permitindo pelo sistema eletrônico”, e juntou planilhas da movimentação de outros cinco produtos de códigos nºs 5308, 5122, 002507, 5496 e 000625.

Pontua que, embora não seja empecilho para analisar estas novas planilhas, o gestor do sistema DTE na Sefaz, analisando o caso, informou que não há limites de envio de anexos às mensagens no referido sistema. Ele acha que “os arquivos enviados possam estar corrompidos”, uma vez que tentou abri-los, mas “aparecem com mensagem de erro”.

Diz que confirma esta informação, haja vista que não conseguiu abrir as planilhas que o contribuinte colocou no CD à fl. 1755, pois aparece a mensagem “o arquivo pode estar corrompido ou não ser seguro”.

Sendo assim, frisa que a análise será feita através das planilhas impressas às fls. 1745 a 1754.

- *Produto de código 5308 (COMPRESSA 7 5X7 5 (13FIOS) - ESTERIL PCT C 10 UM)*

Diz que, na planilha apresentada pelo contribuinte à fl. 1645 constam diferenças nas entradas e nas saídas. Nas fls. 1745 e 1745, nas quais o contribuinte juntou a relação destas entradas e saídas,

pode-se verificar que os preços unitários têm variação enormes, uma vez que o contribuinte adotou nas transações unidades de medidas heterogêneas para este mesmo item.

No caso das saídas há preços unitários menores que variam de R\$0,04 a 0,84 e preços unitários bem maiores, de R\$11,06 a R\$32,63. Se pegar o maior preço unitário entre os menores (R\$0,84) e comparar com o menor preço entre os maiores (R\$11,06), há uma diferença maior que 13 vezes. Nas entradas, o menor preço unitário é R\$0,84 e os maiores variam de R\$12,12 a R\$21,55.

Diz que, no levantamento quantitativo de estoque, fez uniformizar o tratamento do item. Na fl. 1.662 há a relação das notas de entradas deste produto com os preços unitários convertidos para unidades homogêneas, fruto desta uniformização.

Assim, o menor preço unitário é de R\$0,84 e o maior R\$2,15. O extrato das notas de saídas está nas fls. 1.626 a 1.628 e a íntegra delas está no CD na fl. 1.629.

Nas fls. 32 e 33 deste demonstrativo, as quais diz ter anexado (fls. 1764 e 1765), constam que os preços unitários das saídas, após uniformização, vão de R\$0,40 a R\$2,15, exceto uma única venda de 40 unidades que apresenta preço unitário de R\$3,26.

Além disto, no demonstrativo na fl. 1.645 o contribuinte informa que sua omissão de entrada deste produto é de apenas 1.997 unidades e utiliza como preço unitário médio R\$1,45 (o mesmo a que adotou após a uniformização), chegando ao valor R\$2.895,65.

Registra que, se considerar que o tratamento dado pelo contribuinte nas saídas e nas entradas deste item está correto, com base nas planilhas que apresentou, o preço unitário não poderia ser este. É que, de acordo com o artigo 23-A, inciso II, letra “d”, da Lei Estadual nº 7.014/96 (Lei do ICMS), na hipótese de omissão de entradas apurada pelo Fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, não havendo aquisições, inventário inicial e final do produto, o preço unitário médio desta omissão será calculado com base abaixo:

no preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, deduzido da margem de valor adicionado constante no inciso I do § 1º do art. 22 desta Lei;

Pontua que, como esta mercadoria não tem entradas (só devolução), nem estoque inicial e nem final, a preço médio terá que ser calculado conforme acima. Com base na própria planilha que o contribuinte junto à fl. 1.745, pode ver que as últimas saídas se referem às NF-e 6351, 6370 e 6347, emitidas no mês de setembro/2017. Assim, o cálculo do preço unitário médio seria:

NF-E	Preço Unit
6351	21,55
6370	19,08
6427	19,08
Total	59,71
Preço médio (total/3)	19,90
MVA (Anexo 1 RICMS)	38,24%
Preço médio omissão (19,90/1,3824)	14,40

Frisa, então, que, multiplicando este preço unitário médio calculado (R\$14,40) pela quantidade de omissão sugerida pelo contribuinte (1.997), chegaria a uma base de cálculo de R\$28.756,80, cerca de 10 vezes maior que ele aponta do demonstrativo de fl. 1.645 e maior também que os seus cálculos (R\$18.647,00), conforme fl. 1.710.

Em vista do exposto, não há necessidade de modificar o valor das omissões deste item.

- *Produto de código 5122 (CLARITROMICINA 500MG COMP. - 1 X 1)*

Diz o contribuinte que nos nossos levantamentos há uma entrada a menor de 400 unidades deste medicamento, e junta uma planilha na fl. 1747 na qual indica a entrada de 600 unidades pela Nota Fiscal nº 492058, enquanto nossos cálculos só indicam 200.

O Danfe desta NF-e que anexamos à fl. 1766 indica que foram adquiridas vinte caixas da

claritromicina, sendo que cada caixa contém 10 comprimidos. Como o contribuinte comercializa este medicamento por comprimido, chega-se a 200 comprimidos, conforme nossos demonstrativos, e não os 600 informados pelo autuado. Logo, nada de errado tem em nosso levantamento.

- *Produto de código 002507 (VALSARTANA + ANLODIPINO 160 5MG)*

Diz que o demonstrativo do contribuinte à fl. 1.645 aponta que há uma entrada deste medicamento de 444 unidades, diferentemente, segundo ele, do seu que aponta 386, e que o preço unitário médio deveria ser R\$2,96, e não R\$85,39 que supostamente adotou.

Na verdade, diz que o seu demonstrativo aponta a aquisição de 440 unidades, conforme fls. 1708, 1725 e 1726. Pelo demonstrativo de fl. 1749, a diferença de 4 unidades está na Nota Fiscal nº 2083287. No Danfe desta NF-e que anexa à fl. 1767 está indicada a aquisição de duas caixas do “DIOVAN AMLO FIX 160/5MG 28CPR NOVA” (o mesmo que valsartana + anlodipino), cada uma com 28 comprimidos. Multiplicado os comprimidos pelo número de caixas, tem 56 unidades, e não as 60 unidades que consta da fl. 1.749.

Com relação à diferença no preço médio unitário, frisa que o contribuinte pegou este de R\$85,39 dos demonstrativos originais das infrações, portanto antes da sua Informação Fiscal. O preço médio unitário que foi adotado a partir desta Informação Fiscal é de R\$3,05, conforme fl. 1.708, que é decorrente do preço unitário da mesma Nota Fiscal nº 2083287, por ser a última aquisição. Corresponde ao preço total de R\$170,78 dividido por 56 unidades.

Sendo assim, não há reparo a se fazer neste item.

- *Produto de código 5496 (SULFAMETOXAZOL 40MG ESPECTROPRIMA 8MG ML FR 50ML)*

Diz que, com base na planilha de fl. 1.645, o contribuinte diz que há entradas deste item de 2.100 unidades, enquanto nosso demonstrativo consta 1.189; que as saídas são de 5.946 unidades, contra 7.386 nossas; que seu estoque final é de 1.000 unidades, mas que a Sefaz diz que é zero; e que seu preço unitário médio é R\$1,00, diferente do nosso que é R\$2,51.

Afastando logo as divergências que não condiz com os seus demonstrativos, na fl. 1.710 o quantitativo do estoque final e o preço médio unitário são os mesmos que o contribuinte identificou, ou seja, respectivamente 1.000 unidades e R\$1,00.

Nas entradas, este mesmo demonstrativo da fl. 1710 acusa 2.189 unidades, e não os 1.189 informados, portanto uma diferença de 89 itens em relação ao número do autuado. É que o contribuinte esqueceu que este código 5496 foi agrupado, conforme sua própria solicitação (fls. 161) e acatado, ao de código 5230 e descrição “SULFA + TRIMETO 40 +8 MG ML SUSP. FR. C 50ML”, conforme consta na fl. 1592, relativa à “lista de grupos de estoques”. Por conta disto, deixou de listar nas entradas a Nota Fiscal 6936, que contém 89 itens de devolução deste medicamento (ver fl. 1.732).

Com relação à diferença de 1440 itens nas saídas, o problema foi o mesmo, ou seja, a falta das saídas do item 5230. Consigna que o contribuinte deixou de listar as seguintes notas fiscais de saídas:

NumDoc	Dta	CFOP	CodItem	Quant	VIItem	VIUnit
5453	06/02/2017	5405	5320	2	3,42	1,71
5616	23/03/2017	5405	5320	12	42,00	3,50
5684	19/04/2017	5405	5320	3	7,65	2,55
5898	14/06/2017	5405	5320	500	1.670,00	3,34
6437	22/09/2017	5405	5320	50	160,00	3,20
6491	05/10/2017	5405	5320	89	297,26	3,34
6535	13/10/2017	5405	5320	400	1.280,00	3,20
6539	13/10/2017	5405	5320	15	24,00	1,60
6634	01/11/2017	5405	5320	30	83,10	2,77
6732	16/11/2017	5405	5320	250	400,00	1,60
6930	19/12/2017	5405	5320	89	297,26	3,34
Total				1440		

Diz que, nas fls. 1.626 a 1.628, está o extrato do demonstrativo das notas fiscais de saídas do levantamento quantitativo de estoque, cuja íntegra está no CD à fl. 1.629. Na página 34 deste demonstrativo, a qual diz anexar (fls. 1.768) estão todas as notas fiscais de saídas do grupo 5496, que incluem estas notas fiscais do código 5230.

Diante dos elementos apresentados, concluiu não ser necessário alterar o resultado deste item.

- *Produto de código 000625 (ETER ALCOOLIZADO 1000ML)*

Registra que, pelo demonstrativo na fl. 1.645 somente há uma diferença de 55 itens de entradas não considerados pela auditoria e uma discordância sobre o preço unitário médio.

Sobre o preço unitário médio, o contribuinte diz que devia ser R\$17,45, mas o correto é do R\$18,76, pois se refere a última entrada deste produto, que se deu através da Nota Fiscal 123779, lançada em 10/11/2017, como prova a própria planilha que o contribuinte junto à fl. 1753.

Destaca que, nas entradas, o contribuinte acusa um quantitativo de 568 itens e diz que a Sefaz considerou 513. Comparando o demonstrativo das entradas apresentado pelo contribuinte na mesma fl. 1753 com a relação das notas fiscais de entradas na fl. 1724, constatou não haver divergência na relação de notas fiscais. O que ocorreu foi que o contribuinte emitiu a Nota Fiscal nº 6180 (fls. 1769) para recebimento em devolução de 5 (cinco) unidades deste produto e a lançou da mesma forma na sua escrituração fiscal digital, mas agora diz que foram 60 (sessenta) unidades.

Considerando que o preço unitário desta devolução é bem superior aos das outras notas fiscais de entradas (ver fl. 1724), resolveu acatar este novo quantitativo. Com isto, o resultado deste item passou a ser:

Infrações	BC Correta	Propor/MVA	BC ICMS	ICMS correto	ICMS anterior	Diferença
Presunção de omissão de saídas	262,64	0,2884	75,75	13,63	67,19	53,56
Responsabilidade solidária	262,64		262,64	47,28	233,00	185,72
Antecipação tributária	262,64	33%	349,31	15,60	76,89	61,29
Totais				76,51	377,08	300,57

- *Conclusão*

Diz que, feitas as alterações julgadas corretas, o novo valor das infrações apuradas através de levantamento quantitativo de estoque do exercício de 2017 é o abaixo informado, tomando como referência seus valores iniciais, a Informação Fiscal e as duas últimas revisões que fez:

DESCRIÇÃO	VALOR AI	RED. INF. FISCAL	RED. DILIGÊNCIA (1)	RED. DILIGÊNCIA (2)	VALOR REVISTO
Presunção de omissão de saídas (04.05.04)	95.939,16	39.688,81	10,89	53,56	56.185,90
Responsabilidade solidária (04.05.08)	332.681,77	137.626,19	37,75	185,72	194.832,10
Antecipação tributária (04.05.09)	113.805,17	45.416,64	12,47	61,29	68.314,77
Totais	542.426,10	222.731,64	61,11	300,57	319.332,78

Mais uma vez, registra que está enviando ao contribuinte, via DT-e, o resultado desta nova revisão, bem como todos os demonstrativos destas infrações do exercício de 2017, para seu conhecimento.

À fl. 1.828 consta mensagem DT-e encaminhando relatório complementar de Diligência Fiscal, com ciência do Contribuinte Autuado, em 22/01/2021, não mais se manifestando.

Às fls. 1.830-v vê-se despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando a este Relator, para instrução e julgamento do presente PAF.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Sandro Moreno Almeida Oliveira, OAB/BA nº 21.878, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$723.039,60, relativo a cinco irregularidades, conforme descrito na

inicial dos autos, sendo impugnadas as infrações 2, 3, 4 e 5. Por sua vez, a infração 1, foi acatada pelo defendente, onde, na peça de defesa, após descrever os termos das infrações supostamente cometidas, diz, em relação a esta infração, tratar-se de matéria incontroversa, aduzindo que o montante apurado se encontra devido, em que de pronto será considerada procedente. Assim, a contenda se restringe em relação às infrações 2, 3, 4 e 5.

Versa as infrações 2, 3 e 4 sobre 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, o presente Auto de Infração, em relação as infrações 2, 3 e 4, reclama débito tributário no valor total de R\$633.394,87, na forma descrita e relatada na inicial dos autos, onde se constatou, nos anos de 2015, 2016 e 2017, 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 à 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 à infração 2, 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 à infração 3 (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 4, todas respaldadas por demonstrativos constantes do CD/Mídia de 175, sendo a infração 2 apresentada no demonstrativo sintético impresso de fls. 58, 63 e 69; a infração 3 apresentada no demonstrativo sintético impresso de fls. 81, 83 e 86; e a infração 4 apresentada no demonstrativo sintético impresso de fls. 73, 73 e 79 dos autos.

Em relação à apuração do levantamento quantitativo, de uma forma geral, como um todo, quanto aos produtos, volume de compras e vendas, estoque, preços médios apontados, apuração de base de cálculo; vê-se que o questionamento da defendente relaciona a “*Duplicidade de Códigos/Descrição. Inobservância da Entrada de Itens*”, “Fator de Conversão” e “Base de Cálculo”, neste caso, especificamente, em relação ao exercício de 2017.

Em relação a “*Duplicidade de Códigos/Descrição. Inobservância da Entrada de Itens*”, registra que de forma equivocada, se utilizou de diferentes códigos e descrições para identificar produtos de mesma espécie. Assim, aduz que o Autuante, ao realizar a junção dos itens duplicados num mesmo código, este procedimento não abrangeu muitos outros produtos de mesma espécie, o que teria ocasionado a inobservância de entrada de itens no levantamento.

Ademais, diz que, o levantamento fiscal carece de revisão, por conta da utilização inadequada do fator de conversão por parte da Fiscalização. Explica:

“Como os arquivos auditados (SPED Fiscal do período de 2015, 2016 e 2017 não contem o registro 0220 (Fator de Conversão), o Fiscal presumiu, de forma linear, um mesmo fator de conversão “01” para todos os itens fiscalizados, querendo fazer crer que as unidades de medida constante na Notas Fiscais de Entrada, estabelecidas pelo fornecedor, são as mesmas adotadas pela empresa autuada”.

Pontua a defendente, que anexa aos autos as planilhas fornecidas pelo Fiscal, que bem revelam o fator de concessão considerado no processo fiscalizatório (Doc. 04, 05 e 06 – *Planilha do Fiscal / exercícios 2015 – 2016 – 2017*). Diz que tal critério é inapto para verificar o real quantitativo de itens movimentados, já que a Empresa autuada se valeu de diferentes fatores de conversão, conforme diz se verificar por planilha em anexo (Doc. 07 – *Fatores de Conversão Divergentes*), pelo qual aduz restar demonstrado que os quantitativos de entrada, considerados pela

Fiscalização, são completamente destoados dos efetivamente utilizados por ela, a Autuada.

Por fim, quanto ao erro apontado na “*Base de Cálculo*”, neste caso, especificamente, em relação ao exercício de 2017, diz que a apuração do débito imputado à defendente, não se observou o cenário/panorama geral do fluxo de notas fiscais de entrada e saída e respectivos itens movimentados. Para tanto, aduz acostar aos autos planilha com cenários/panoramas destacados no corpo da defesa, à fl. 189 dos autos, cujos resultados diz que demonstram que é merecedor de revisão a apuração da base de cálculo sobre a alegada omissão de entrada de 2017, assim como o valor final dos débitos imputados.

Em sede de informação, o agente Fiscal Autuante, após analisar todas as considerações de defesa, seja da duplicidade de códigos ou seja dos fatores de conversão, com análise detalhada, à fl. 253, de todos os itens de produtos arguidos, além da revisão pontual arguida pela defesa, relativa à base de cálculo do exercício de 2017, apresenta novos demonstrativos de débitos para as infrações 2, 3 e 4, especificamente em relação ao exercício de 2017 (fl. 1.629), sem qualquer alteração nos valores lançado para os exercício de 2015 e 2016, a saber:

Novo Demonstrativo de Débito do Exercício de 2017			
DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	VALOR ANTERIOR	REDUÇÃO	VALOR REVISTO
Inf-02: Presunção de omissão de saídas (04.05.04)	95.939,16	39.688,81	56.250,35
Inf-03: Responsabilidade solidária (04.05.08)	332.681,77	137.626,19	195.055,58
Inf-04: Antecipação Tributária (04.05.09)	113.805,17	45.416,64	68.388,53
Totais das Infrações 02, 03 e 04	542.426,10	222.731,64	319.694,46
Base: Tabela da Informação Fiscal à fl. 1.548, arquivo impresso fl. 1.586, e arquivo PDF no CD/Mídia de fl.1.629			

Às fls. 1.638/1.639, voltando aos autos, o Contribuinte Autuado, diz que apesar do agente Fiscal Autuante ter concordado em parte com a defesa, ensejando diminuição do valor do débito inicialmente sustentado, ainda assim, persiste cenário pendente de observância por esta fiscalização.

Frisa tratar da Infração 03, especificamente na ocorrência datada em 31/12/2017, no qual fora determinado a quantia de R\$1.848.232,06, a título de base de cálculo de omissão de entrada. Pontua que conforme diz demonstrar por planilha anexo (Doc. 01), segue listagem de 14 itens cujos quantitativos de omissão de entrada contradizem aos apresentados no Auto de Infração, e que, por isso mesmo, impactam o custo médio daqueles itens, persistindo a necessidade de revisão da base de cálculo e o débito considerado na infração acima mencionada.

Consigna, que a base de cálculo questionada fora apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício fechado. Aduz que este modelo de análise se encontra refletido na planilha em anexo, de forma comparativa ao cenário trazido pela Fiscalização, porquanto revelador de diferenças importantes nos estoques finais, e, por conseguinte, nos custos médios dos itens ali discriminados.

Assim, diante do exposto, e a título de manifestação à peça de Intimação, requer consideração do cenário fiscal aqui sustentado, de maneira a ensejar revisão da base de cálculo da ocorrência datada de 31/12/2017, da Infração 03 do Auto de Infração em tela.

À fl. 1.642 dos autos, vê-se informação do Autuante, na forma de “*DESPACHO*” quanto à manifestação do sujeito passivo de fls. 1.638/1.639, onde diz que o defendente apresentou considerações, alegando a existência de “*14 itens cujos quantitativos de omissão de entrada contradizem aos apresentados no Auto de Infração*”, e cita uma “planilha” que aduz anexar (Doc.01)”.

Pontua então, que tal “planilha” não foi anexada à referida manifestação, nem consta do CD/Mídia que foi a ela juntado. Neste sentido, para evitar postergação na apreciação deste AIIM pelo CONSEF, aduz ter intimado mais uma vez o Contribuinte Autuado, para que apresentasse os elementos faltante, no intuito de atender, portanto, ao disposto no §3º, do art. 8º do RPAF. Consigna, que foi atendido os quais foram anexados ao presente PAF.

Momento seguinte, registra que a “*planilha*” limita a listar supostas divergências entre os seus demonstrativos da Infração 03, e quantitativos que a empresa deve ter levantado, sem, contudo, informar a origem destes quantitativos para que pudesse contestá-los.

Sendo assim, diz manter na íntegra os termos da Informação Fiscal apresentados de fls. 1.543/1.629, e envia o presente PAF a este Conselho de Fazenda para julgamento.

Neste contexto, em sede de Instrução, este Relator, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, em pauta suplementar do dia 30/06/2020, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, onde se decidiu converter o presente processo em diligência (fls. 1.652/1.654), ao Autuante, para que fossem adotadas as seguintes providências:

- **Item 1: intimar o sujeito passivo** a apresentar esclarecimentos quanto a origem dos quantitativos dos 14 (quatorze) itens relacionados na “Planilha” de fl. 1.645, trançando considerações do porquê dos quantitativos objetos da citada planilha estarem corretos, em contraposição aos quantitativos do novo levantamento fiscal apresentado pelo Agente Fiscal, em sua Informação Fiscal de fls. 1.543/1.631, elaborado a partir de suas considerações de defesa de fls. 183/190 dos autos
- **Item 2:** de posse das informações apresentadas pelo sujeito passivo destacada no “*Item 1*”, o i. Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Às fls. 1.657/1.661, o agente Fiscal Autuante, em atendimento ao Pedido de Diligência da 4ª JJF, diz que a empresa Top Vida – Distribuidora Hospitalar Ltda., Inscrição Estadual nº 062.026.098, apresentou às fls. 1.644/1.645, novas contestações, somente das infrações relativas ao levantamento de estoque de 2017, juntando planilha, mas sem demonstrar a base em que estes quantitativos foram levantados.

Registra, que atendendo a diligência solicitada pelo relator Julgador do presente PAF, para que apresentasse esclarecimentos “*quanto a origem dos quantitativos dos 14 (quatorze) itens relacionados na ‘Planilha de fl. 1.645’*”, bem como suas considerações do porquê das diferenças, o contribuinte, após devidamente intimado, conforme fl. 1.662, enviou, via DTE, seus esclarecimentos e juntou somente planilhas detalhadas do movimento de cinco produtos de códigos agrupados nºs 5788, 22, 212, 000513 e 567 (fls. 1.663 a 1.572).

Após apresentar as razões e contrarrazões em relação à manifestação do Contribuinte Autuado, relativo aos cinco produtos anteriormente citados, diz que efetuadas as alterações julgadas corretas, o novo valor das infrações 2, 3 e 4 apuradas através de levantamento quantitativo de estoque do exercício de 2017, é o abaixo informado, tomando como referência seus valores iniciais:

Novo Demonstrativo de Débito do Exercício de 2017, após a Diligência Fiscal da 4ª JJF				
DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	VALOR A. INFRAÇÃO	REDUÇÃO INF. FISCAL	REDUÇÃO DIL. FISCAL	VALOR REVISTO
Inf-02: Presunção Omissão Saídas (04.05.04)	95.939,16	39.688,81	53,56	56.185,90
Inf-03: Responsabilidade Solidária (04.05.08)	332.681,77	137.626,19	185,72	194.832,10
Inf-04: Antecipação Tributária (04.05.09)	113.805,17	45.416,64	61,29	68.314,77
Totais das Infrações 02, 03 e 04–Ano 2017	542.426,10	222.731,64	300,57	319.332,77
Base: Tabela da Informação Fiscal à fl. 1.548, c/c Tabela da Diligência Fiscal à fl. 1.661				

À fl. 1.828, consta mensagem DT-e encaminhando relatório complementar de Diligência Fiscal, com ciência do Contribuinte Autuado, em 22/01/2021, que se manteve silente.

Neste contexto, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, 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.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações efetuadas nas infrações 2, 3 e 4, relativo a data de 31/12/2017, pelo agente Fiscal Autuante, em sede de informação/diligência Fiscal; e considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar as autuações, vejo restar, então, subsistente parcialmente as imputações de nºs 2, 3 e 4 do Auto de Infração, em epígrafe, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação, conforme os demonstrativos de débito abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico
31/12/2015	09/01/2016	2.196,82
31/12/2016	09/01/2017	15.913,87
31/12/2017	09/01/2018	56.185,90
Total Remanescente da Infração 02 (04.05.04)		74.296,59
Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico
31/12/2015	09/01/2016	8.553,02
31/12/2016	09/01/2017	45.970,47
31/12/2017	09/01/2018	194.832,10
Total Remanescente da Infração 03 (04.05.08)		249.355,59
Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico
31/12/2015	09/01/2016	2.826,75
31/12/2016	09/01/2017	15.507,84
31/12/2017	09/01/2018	68.314,77
Total Remanescente da Infração 04 (04.05.09)		86.649,36

A infração 5, por sua vez, diz respeito a ter efetuado o 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 exterior no ano de 2016, conforme Demonstrativo Sintético de fls. 173 e 174 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 175.

Lançado ICMS no valor de R\$58.973,08, com enquadramento no artigo 8º, inciso II e § 3º; art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o Contribuinte Autuado, alega que o agente Fiscal utilizou-se da aplicação do PMC nas suas planilhas de cálculo, resultando na apuração de valores destoadas da realidade, *porquanto* em clara afronta a Resolução 03 da Câmara de Regulação de Medicamentos, que proíbe sua divulgação na hipótese de produtos destinados a Hospitais, Clínicas e Órgãos Público.

Ademais, diz que a Portaria SEFAZ/BA, via Decreto nº 17.304 de 27.12.2016 (DOE 28.12.2016), procedeu com alteração do Parágrafo 12 do art. 289, ao suprimir a aplicação daquele índice pelo Superintendente da Administração Tributária.

Assim, diante dos cenários descritos, solicitou o Autuado, cancelamento do débito, com a aplicação da retroação benéfica dos fatos originados anteriormente, por não trazer quaisquer prejuízos para o Erário Público.

O agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, registra que estes argumentos não se aplicam ao caso em comento. Primeiro porque uma norma da Câmara de Regulação de Medicamentos não pode regulamentar a cobrança do ICMS, em qualquer Estado da Federação. Ainda que esta norma, de 2009, tivesse este condão, diz que o seu artigo terceiro refere-se apenas à proibição de “*publicação de Preço Máximo ao Consumidor – PMC, em qualquer meio de divulgação, para medicamentos cujo registro defina ser o mesmo de uso restrito a hospitais e clínicas*”.

Por sua vez, diz que o artigo 289, parágrafo 10 e inciso III do RICMS/BA, estabelece que a base de cálculo da substituição tributária nas operações com medicamentos será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador, a menos que possuam preço único ou máximo estabelecido pela CMED, o que diz que não foi o caso das

aquisições deste contribuinte.

Segue a redação do § 10, inciso III, do art. 289 do RICMS/BA, vigente à época dos fatos:

§ 10. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador: (Grifos acrescentados)

Nota: O § 10 foi acrescentado ao art. 289 pela Alteração nº 1 (Decreto nº 13.870, de 02/04/12, DOE de 03/04/12), efeitos a partir de 01/04/12.

III – medicamentos, exceto em relação aos medicamentos que possuam preço único ou máximo estabelecido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), cujo valor será a base de cálculo da substituição tributária, nos termos do § 2º do art. 23 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996; (Grifos acrescentados)

Nota: A redação atual do inciso “III” do § 10, do art. 289 foi dada pelo Decreto nº 18.801, de 20/12/18, DOE de 21/12/18, efeitos a partir de 01/01/19. Redação originária, efeitos até 31/12/18:

“III – medicamentos;”

Nota: O § 10 foi acrescentado ao art. 289 pela Alteração nº 1 (Decreto nº 13.870, de 02/04/12, DOE de 03/04/12), efeitos a partir de 01/04/12.

Frisa, também, que quando o Contribuinte que adquire esses medicamentos os vende para hospitais, clínicas e órgãos públicos, como estabelecido no parágrafo 12 deste mesmo artigo acima citado, estabelecia até 28/12/2016, que os atacadistas poderiam utilizar a MVA para o cálculo da antecipação tributária, desde que autorizados pelo titular da Superintendência de Administração Tributária, porém, este contribuinte não possuía esta autorização.

Segue a redação do § 12, do art. 289 do RICMS/BA, vigente à época dos fatos:

§ 12. Nas operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuem, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser utilizada a MVA prevista no Anexo 1 para apuração da base de cálculo da antecipação tributária sendo que, em relação às vendas não destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se, como base de cálculo, o preço sugerido pelo fabricante ou importador.

Nota: A redação atual do § 12º do art. 289 foi dada pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 28/12/16.

Redação anterior dada ao § 12 tendo sido acrescentado ao art. 289 pela Alteração nº 1 (Decreto nº 13.870, de 02/04/12, DOE de 03/04/12), efeitos de 01/04/12 a 27/12/16:

“§ 12º. Nas operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuem, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, desde que autorizados pelo titular da Superintendência de Administração Tributária, deverá ser utilizada a MVA prevista no Anexo 1 para apuração da base de cálculo da antecipação tributária sendo que, em relação às vendas não destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se, como base de cálculo, o preço sugerido pelo fabricante ou importador.” (Grifo acrescentado)

Acrescenta que o Autuado, através do processo SIPRO nº 078221/2016, fez o requerimento (cópia às fls. 1.585), ao titular da Superintendência de Administração Tributária, mas somente em 10 de maio de 2016. Por conta disto, é que utilizou o PMC nos cálculos da antecipação tributária até esta data, embora sabendo que a autorização não havia sido ainda concedida.

Registra que o contribuinte erroneamente fala da supressão, através do Decreto nº 17.304/2016, da aplicação do PMC no cálculo da antecipação tributária, na verdade se trata da retirada da necessidade de autorização do Superintendente para uso da MVA. Portanto, a partir da data deste Decreto não mais foi exigida esta obrigação.

Neste sentido, vejo assertivo o procedimento fiscal em aplicar o PMC no cálculo do ICMS por substituição das operações de aquisições de medicamentos provenientes de outras Unidades da Federação, somente até maio de 2016 (§12º), que é o objeto da autuação; quando a partir de junho não constituiu qualquer lançamento, vez que considerou habilitado o defendente a aplicar a MVA dado o processo SIPRO nº 078221/2016, de fls. 1.585 dos autos, em que requereu ao titular da Superintendência de Administração Tributária seu uso nos termos do § 12, do art. 289 do

RICMS/BA, vigente à época dos fatos.

Aliás, o sujeito passivo tomando conhecimento das contrarrazões apresentadas pelo agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal de fl. 1.642, relativo à infração 05, mesmo voltando aos autos em sede de manifestação de fls. 1.638/1.639, a informação fiscal, não mais trouxe qualquer razão ou contrarrazão de defesa em relação a este item 5 do Auto de Infração, em tela. Infração subsistente.

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

INFRAÇÃO	VALOR LANÇADO-R\$	VALOR JULGADO-R\$	DEFESA	RESULTADO
INF.01 -03.02.02	30.671,65	30.671,65	ACATA	PROCEDENTE
INF.02 -04.05.04	114.049,85	74.296,59	IMPUGNA	PROC. EM PARTE
INF.03 -04.05.08	387.205,26	249.355,59	IMPUGNA	PROC. EM PARTE
INF.04 -05.05.09	132.139,76	86.649,36	IMPUGNA	PROC. EM PARTE
INF.05 -07.01.02	58.973,08	58.973,08	IMPUGNA	PROCEDENTE
TOTAL	723.039,6	499.946,27		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299430.0009/19-0**, lavrado contra **TOP VIDA - DISTRIBUIDORA HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$499.946,27**, acrescido da multa de 60% sobre R\$176.294,09, e 100% sobre R\$323.652,18, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA