

**PROCESSO** - A. I. N° 299430.0009/19-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - TOP VIDA – DISTRIBUIDORA HOSPITALAR LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4<sup>a</sup> JJF n° 0160-04/21-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAS ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 25/05/2022

**1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO CJF N° 0097-11/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 4<sup>a</sup> JJF N° 0160-04/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/2019, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$723.039,60, em decorrência de cinco infrações distintas, sendo objeto do presente recurso apenas as infrações 02, 03 e 04, descritas a seguir.

**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.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 03/08/2021 (fls. 1.838 a 1.858) e decidiu pela Procedência em Parte do presente lançamento, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

**“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 defendant, onde, na peça de defesa, após descrever os termos das infrações supostamente cometidas, diz, em relação a esta infração, tratar-se de matéria incontrovertida, 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 defendant 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 duplidade 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 exercícios de 2015 e 2016, a saber:

Novo Demonstrativo de Débito do Exercício de 2017			
DESCRÍÇÃO 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
Total 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 defendant 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 integra 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 INFRAZ 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:

<b><i>Novo Demonstrativo de Débito do Exercício de 2017, após a Diligencia Fiscal da 4ª JJF</i></b>				
<b>Descrição da Infração</b>	<b>Valor A. Infração</b>	<b>Redução Inf. Fiscal</b>	<b>Redução Dil. Fiscal</b>	<b>Valor Revisto</b>
<i>Inf-02: Presunção Omissão Saídas (04.05.04)</i>	<b>95.939,16</b>	<b>39.688,81</b>	<b>53,56</b>	<b>56.185,90</b>
<i>Inf-03: Responsabilidade Solidária (04.05.08)</i>	<b>332.681,77</b>	<b>137.626,19</b>	<b>185,72</b>	<b>194.832,10</b>
<i>Inf-04: Antecipação Tributária (04.05.09)</i>	<b>113.805,17</b>	<b>45.416,64</b>	<b>61,29</b>	<b>68.314,77</b>
<b>Total das Infrações 02, 03 e 04-Ano 2017</b>	<b>542.426,10</b>	<b>222.731,64</b>	<b>300,57</b>	<b>319.332,77</b>

*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:

<b>Data Ocorr</b>	<b>Data Venc</b>	<b>Valor Histórico</b>
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
<b>Total Remanescente da Infração 02 (04.05.04)</b>		<b>74.296,59</b>
<b>Data Ocorr</b>	<b>Data Venc</b>	<b>Valor Histórico</b>
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
<b>Total Remanescente da Infração 03 (04.05.08)</b>		<b>249.355,59</b>
<b>Data Ocorr</b>	<b>Data Venc</b>	<b>Valor Histórico</b>
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
<b>Total Remanescente da Infração 04 (04.05.09)</b>		<b>86.649,36</b>

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 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 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 acrescidos)*

*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 acrescidos)*

*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 efetuam, 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 efetuam, 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 I 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 acrescido)

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 defendant 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 tomado 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:

<b>INFRAÇÃO</b>	<b>VALOR LANÇADO-R\$</b>	<b>VALOR JULGADO-R\$</b>	<b>DEFESA</b>	<b>RESULTADO</b>
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
<b>TOTAL</b>	<b>723.039,6</b>	<b>499.946,27</b>		

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais), a 4ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

## VOTO

Observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF N° 0160-04/21-VD) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário lançado, de R\$723.039,60, para R\$ 499.946,27, em valores históricos, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a redução do valor lançado decorreu da decretação da procedência parcial das infrações 02, 03 e 04, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Considerando que todas as três infrações citadas decorreram de um roteiro único de auditoria (levantamento quantitativo de estoques), julgo-as de forma conjunta, acompanhando o tratamento dado na primeira instância. É o que passo a fazer nas linhas que seguem.

A Infração 02 foi descrita como “*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 ...*”. Já a Infração 03 foi descrita como “*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 ...". Enquanto a Infração 04 acusa o contribuinte de "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 ...".*

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando a existência de diversos erros no levantamento fiscal, tais como "*duplicidade de códigos*", "*falta de registro de entradas de itens*", "*erro no fator de conversão*", bem como "*erro na apuração da base de cálculo, em 2017*".

Em sua informação fiscal, o autuante acolhe parcialmente as alegações recursais e reduz o valor lançado nas três infrações, conforme demonstrativo acostado à sua peça informativa.

Após duas novas manifestações do contribuinte e informações fiscais prestadas pelo autuante, a autoridade fiscal, após detalhado e individualizado relato, acolheu os argumentos do Sujeito Passivo e promoveu nova revisão no demonstrativo de débito, reduzindo mais uma vez o valor lançado.

A 4<sup>a</sup> JJF acompanhou o opinativo fiscal e julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, com a redução da Infração 02 para R\$ 74.296,59, da Infração 03 para R\$ 249.355,59, e da Infração 04 para R\$ 86.649,36.

Os exames dos autos, revela que a redução dos valores lançados decorreu de intensa dialética processual, mediante a qual o Sujeito Passivo exerceu de forma ampla o seu direito de defesa e a autoridade fiscal pode examinar e acolher parte dos argumentos empresariais, reconhecendo parte dos erros apontados e refazendo os demonstrativos de débito.

Considerando que a questão tratada nos autos é eminentemente fática e que a decisão de piso se amparou no exame dos livros e documentos fiscais, perpetrado pelo autuante, entendo que não merece reparo, devendo, portanto, ser mantida.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 299430.0009/19-0, lavrado contra **TOP VIDA – DISTRIBUIDORA HOSPITALAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES –PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS