

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 298945.0009/18-1
<b>RECORRENTE</b>	- PRIME DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO 'Acórdão 1ª JJF n° 0208-01/21-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT METRO / INFRAZ ATACADO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- 10/08/2023

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0194-11/23-VD

**EMENTA: ICMS.** 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. De acordo com o art. 143 do RPAF/BA, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. A recorrente reproduz os mesmos questionamentos da impugnação sem apontar, ainda que por amostragem, evidências de que persiste qualquer equívoco não dirimido pela diligência realizada nos autos. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração já reduzida em primeira instância em relação a recorrente recorre sobre valores já excluídos do lançamento em informação fiscal e/ou diligência. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Não cabe ao CONSEF a homologação de pagamentos efetivados. Preliminares rejeitadas. Pedido de diligência formulado na sessão rejeitado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0208-01/21-VD proferido pela 1ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 19/09/2018 no valor histórico de R\$ 151.020,81, abordando as seguintes infrações:

...

**Infração 02 – 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 nos exercícios de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 13.873,58, acrescido da multa de 100%;*

**Infração 03 – 04.05.09** – *Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 5.029,04, acrescido da multa de 60%;*

**Infração 04 – 07.01.02** – *Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação*

e/ou do exterior, nos meses de abril, junho a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 114.621,29, acrescido da multa de 60%;

**Infração 05 – 07.15.03** – Multa percentual sobre imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de setembro a dezembro de 2013, fevereiro, maio, junho, agosto a dezembro de 2014, sendo exigido o valor de R\$ 11.191,48 correspondente ao percentual de 60%.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

**VOTO**

*O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo objeto de impugnação as infrações 1, 2, 3 e 4 e reconhecimento pelo autuado a infração 5.*

*Inicialmente, cabe apreciar a arguição de nulidade do lançamento. Alega o impugnante cerceamento do direito de defesa e imprecisão do Auto de Infração. Afirma que no Auto de Infração houve erro material praticado pelos autuantes, haja vista a insubsistência das planilhas apresentadas, as Notas Fiscais registradas e suas respectivas informações, o que impossibilita que a empresa realize de forma irrestrita o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.*

*Diz que isso ocorre porque os autuantes apenas se restringiram a dizer que a empresa teria omitido entradas/saídas de mercadorias em seu registro, contudo, sem comprovar que tais operações efetivamente ocorreram, negligenciando os documentos fiscais que foram emitidos quando da venda das mercadorias.*

*A análise dos demonstrativos/planilhas elaborados pelos autuantes permite constatar que não assiste razão ao impugnante. O trabalho fiscal foi realizado de forma detalhada, acompanhado de todos os elementos – demonstrativos, planilhas, listas de notas fiscais, etc - necessários e suficientes para o pleno exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.*

*A descrição das infrações foi realizada de forma clara e precisa, inclusive com detalhamento que permite identificar sem qualquer sombra de dúvida em que consiste cada conduta infracional imputada ao autuado.*

*É cediço que não existe nulidade sem prejuízo. No caso em exame não houve cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório do autuado, haja vista que, inclusive, este apontou itens do levantamento com os quais não concordava. As alegações defensivas foram todas analisadas na Informação Fiscal, assim como, na diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal para que fiscal estranho ao feito revisasse os levantamentos realizados pelos autuantes.*

*Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento em questão.*

*No mérito, o autuado impugna conjuntamente as infrações 1, 2 e 3. Referidas infrações foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.*

*A infração 1 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – 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 contabilizadas, no mesmo exercício.*

*No caso, trata-se de uma presunção legal relativa, prevista no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, cabendo ao autuado o ônus de comprovar a improcedência da presunção.*

*O exame do levantamento levado a efeito pela Fiscalização atinente a este item da autuação permite constatar que não há como prosperar a exigência fiscal, haja vista que consta nos próprios demonstrativos/planilhas referentes a esta infração que as mercadorias arroladas no levantamento têm o código “ST (a) Situação tributária do item”, “3-Substituição Tributária”, situação que descabe a autuação com fundamento na presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96.*

*Nesse sentido, a Portaria 445/98 - que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias – determina seguinte:*

*Art. 6º Feito o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, verificando-se omissões do registro de entradas, é necessário analisar a repercussão desse fato à luz da legislação.*

*Art. 7º Não se deve, em face da constatação de omissão do registro de entradas, simplesmente descrever o fato - omissão de entradas - e calcular o imposto sobre o respectivo valor, tendo em vista que:*

*I - em casos dessa natureza, o fato gerador do ICMS não ocorre na entrada das mercadorias no estabelecimento;*

*II - a exigência do pagamento do imposto deve ser embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto (Lei nº 7.014/96, art.4º, § 4º, IV).*

*Art. 8º Para fins de apuração do débito de ICMS com base na presunção de que cuida o inciso II do artigo anterior:*

*I - a base de cálculo do imposto deverá ser apurada nos termos do inciso II do art. 23-A da Lei nº 7.014/96;*

*Na realidade, tratando-se de omissão de entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária - situação das infrações 2 e 3 – o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias deverá observar as disposições específicas constantes da referida Portaria 445/98, conforme os artigos abaixo reproduzidos:*

*Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:*

*I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:*

*a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, observando o seguinte (Lei nº 7.014/96, art. 6º, IV):*

*I - a base de cálculo é a prevista no inciso II do art. 23-A da Lei nº 7.014/96*

*2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (Lei nº 7.014/96, art. 42, III, "g").*

*b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo I do RICMS/12, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea "a" do inciso I deste artigo, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96);*

*Diante disso, considerando que as mercadorias arroladas no levantamento quantitativo de estoque de cuida a infração 1 estão enquadradas no regime de substituição tributária, descabe exigência fiscal por presunção, sendo, desse modo, improcedente este item da autuação.*

*No que tange às infrações 2 e 3, observo que a infração 2 se refere à exigência do imposto devido pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago, e que a infração 3, que está vinculada diretamente à infração 2, se trata de exigência do imposto devido por antecipação tributária referente àquelas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária adquiridas sem documentação fiscal. No caso é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.*

*Conforme relatado, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência para que Auditor Fiscal estranho ao feito realizasse revisão fiscal do lançamento, o que foi cumprido pelo diligenciador que trouxe os resultados do trabalho revisional.*

*No referido trabalho revisional o diligenciador consignou que a análise realizada permitiu concluir que assiste razão ao autuado no tocante ao exercício de 2013, haja vista que pelo menos nos três produtos que originaram a autuação, o autuado adotou procedimentos incorretos na sua escrituração fiscal, uma vez que atribuiu às entradas o código e descrição exatamente igual ao seu fornecedor e, nas saídas, outro código e descrição diferentes, embora esta última com elementos que permitem chegar à conclusão de que se trata do mesmo produto.*

*Consoante explicado pelo diligenciador, o seu trabalho revisional consistiu em agrupar produtos iguais em razão da existência de mesmo código de barras, como "PLASMALYTE" (códigos de entrada 2B2543Q e de saída 855) e a "SOLUCAO FISIOLOGICA" (códigos de entrada AZB1323 e de saída 360258), cujos códigos de barras são, respectivamente, 7898008413396 e 7898008410142, e agrupar por descrição similar o produto "GLICOSE 10%" (códigos de entrada AZB0162C, de saída 00000800 e de estoque inicial 800), sendo que para este último os demonstrativos da infração elaborados pelos autuantes já apontam o agrupamento dos códigos de entrada e de saída.*

*Explicou, ainda, que também fez a confirmação dos números de lotes de entradas e de saídas apresentados pelo contribuinte à fl. 224, especialmente para o produto "SOLUCAO FISIOLOGICA", para confirmar que o seu agrupamento foi feito de forma correta.*

Conclusivamente, o diligenciador consignou que considerando que somente estes três itens constam dos demonstrativos, não há omissões de entradas no exercício de 2013, resultando na inexistência das infrações 2 e 3 neste exercício.

Acolho o resultado apresentado pelo diligenciador no tocante ao exercício de 2013, haja vista que restou comprovada a inexistência das omissões apontadas no levantamento quantitativo de estoque no referido exercício, permanecendo a exigência fiscal nas infrações 2 e 3, exclusivamente, no tocante ao exercício de 2014 no valor de R\$ 7.309,44 e R\$ 2.859,59, respectivamente. Infrações parcialmente procedentes.

No tocante à infração 4, que também foi objeto de diligência cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito, observo que o diligenciador atendendo a solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal excluiu do levantamento o medicamento com princípio ativo a base do "Acetato de Leuprorrelina", no caso o medicamento "LORELIN DEPOT, haja vista que goza de isenção e a norma que estabeleceu a obrigatoriedade de concessão de desconto nas saídas somente passou a vigorar a partir de 01/06/2018, enquanto a infração se refere a 2014.

Acolho o resultado apresentado pelo diligenciador, inclusive considerando, também, a redução reconhecida pelos autuantes na Informação Fiscal de fls. 529/ 530, sendo este item da autuação parcialmente procedente no valor de R\$ 59.082,20, conforme demonstrativo elaborado pelo diligenciador abaixo reproduzido:

MÊS/ANO	VI Original	Redução Inf. Fiscal	Redução Diligência	Saldo Atual
abril-14	2.526,60		2.526,60	0,00
junho-14	12.684,84	4.871,37	0,00	7.813,47
julho-14	27.254,05		13.161,24	14.092,81
agosto-14	31.933,17		0,00	31.933,17
setembro-14	3.928,43		0,00	3.928,43
outubro-14	6.509,56		6.492,55	17,01
novembro-14	7.789,86		6.492,55	1.297,31
dezembro-14	21.994,78		21.994,78	0,00

No tocante à infração 5, o autuado reconheceu o cometimento da conduta infracional que lhe foi imputada, sendo, desse modo, procedente, cabendo apenas observar que sendo o pagamento efetuado nos termos do art. 45, incisos I, II e III e artigo 45-B, incisos I, II e III, as reduções são aplicadas independentemente de solicitação, haja vista que previstas na Lei nº. 7.014/96.

Quanto às multas aplicadas cabe consignar que se encontram previstas na Lei nº. 7.014/96, não tendo este órgão julgador administrativo de primeira instância competência para apreciar questões que envolvam inconstitucionalidade da norma ou mesmo pedido de redução ou cancelamento de tais penalidades.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

INF	VLR. LANÇADO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA	RESULTADO
01	6.305,42	-----	----	IMPROCEDENTE
02	13.873,58	7.309,44	100%	PROCEDENTE EM PARTE
03	5.029,04	2.859,59	60%	PROCEDENTE EM PARTE
04	114.621,29	59.082,20	60%	PROCEDENTE EM PARTE
05	11.191,48	11.191,48	----	RECONHECIDA
<b>TOTAL</b>	<b>151.020,81</b>	<b>80.442,71</b>		

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração e a necessidade de invalidação integral do lançamento porque não existiria suporte fático para a autuação, de maneira que foi descumprido o dever de verificação da ocorrência do fato gerador, com a descrição e demonstração de sua ocorrência. Afirma que os fatos ocorreram de forma diferente daquela apontada pela autoridade fiscal, não ocorrendo o fato gerador alegado, o que importaria na invalidade do Auto de Infração.

Indica que a diligência realizada reconheceu que não ocorreram os fatos alegados relativamente às infrações 01, 02 e 03, ao concluir que não houve omissões de entrada no exercício de 2013 o que foi posteriormente ratificado na Decisão recorrida. Sustenta que, como o Auto de Infração não se lastreou em fatos ocorridos efetivamente, sua defesa efetiva e integral foi dificultada senão inviabilizada, não restando dúvidas da nulidade da autuação.

Também em preliminar, sustenta a necessidade de cancelamento do Auto de Infração em âmbito administrativo, em nome do princípio da economicidade, uma vez que está fadado à declaração de nulidade pelo Poder Judiciário o que implicará em condenação à sucumbência, acarretando prejuízo aos cofres públicos que pode ser evitado por meio deste PAF.

Ainda em sede de preliminar, acusa o caráter confiscatório da multa aplicada, que violaria o princípio da proporcionalidade, de modo que a autoridade administrativa tem o dever de realizar o controle de legalidade dos atos administrativos, sendo que a multa no patamar fixado é ilegal por violar o art. 2º da Lei nº 9.784/99 e o inciso IV, do art. 150 da CF/88, destacando julgados de Tribunais e do STF que reconheceram o caráter confiscatório de multa equiparada ou superior ao valor do tributo, pedindo subsidiariamente a sua redação para no máximo 20% do tributo lançado.

No mérito, aborda inicialmente as infrações 02 e 03, sustentando que também não podem subsistir para o exercício de 2014 porque o levantamento do autuante está incorreto já que foi realizado por presunção de quantitativo sem avaliar na íntegra a movimentação dos produtos em discussão.

Revela que adquire exclusivamente produtos de laboratório e vende para clínicas, hospitais e órgãos públicos, de modo que não realiza operações sem o devido acompanhamento dos documentos fiscais, deixando a autoridade fiscal de avaliar corretamente o quantitativo dos produtos, que deveria ocorrer pelo lote, considerando a sua rastreabilidade pela Anvisa, que constitui uma ferramenta de controle mais eficaz.

Reproduz novamente planilha que apresentou na defesa e que refletiria o erro das planilhas do auditor e a fragilidade dos levantamentos, haja vista que todas as compras dos produtos indicados como omissos estão devidamente vinculadas com as saídas e com os respectivos lotes, que contém os números das notas fiscais de compra e venda, argumento que se aplica tanto para o exercício de 2013 como para 2014, conforme tabela reproduzida abaixo:

Entradas apuradas em levant. quant. de estoques - Lista de notas fiscais de saída

Lotes	NF ENTRADA	Entrada	NF SAIDA	Saida	Quant
<b>PLASMA LYTE SOL. INJ. BOLSA C/ 500ML (EMB: PC 01)</b>					
C886762	101115	02/04/2013	4374	20/05/2013	120.000
<b>SOL. FISIOLOGICA 0.9% 500ML BOLSA PLAS. CX C/30 UN (BAXTER)</b>					
PR157R7	71499	14/12/2012	3585	07/01/2013	210.000
PR157R7	71499	14/12/2012	3603	09/01/2013	900.000
PR157R7	71499	14/12/2012	3751	08/02/2013	1.200,000
PR157R7	71499	14/12/2012	3802	22/02/2013	570.000
PR157R7	71499 - 120UN	14/12/2012	3884	06/03/2013	420.000
PR158L1	75829 - 300 UN	02/01/2013			
PR162F4	99976	25/03/2013	4027	28/03/2013	1.500,000
PR162F4	99976	25/03/2013	4063	03/04/2013	300.000
PR163X4	4152(NF DEV)	17/04/2013	4149	17/04/2013	2.010,000
PR163X4	104700	12/04/2013	4150	17/04/2013	2.010,000
PR164N4	108226	22/04/2013	4218	25/04/2013	990.000
PR166L6	112419	07/05/2013	4305	09/05/2013	300.000
PR166L6	112419	07/05/2013	4390	21/05/2013	60.000
PR166L6	112419	07/05/2013	4452	29/05/2013	300.000
PR166L6	112419	07/05/2013	4477	03/06/2013	360.000
PR166L6	112419	07/05/2013	4492	04/06/2013	1.200,000
PR166L6	112419 - 780UN	07/05/2013	4514	06/06/2013	2.550,000
PR167A9	116778 - 1770UN	20/05/2013			
PR167A9	116778 - 1230UN	20/05/2013	4547	13/06/2013	1.800,000
PR168F4	120830 - 570UN	07/06/2013			
PR168F4	120830	07/06/2013	4580	18/06/2013	600.000
PR168F4	120830	07/06/2013	4630	01/07/2013	300.000
PR168F4	120830 - 540UN	07/06/2013	4697	10/07/2013	600.000
PR169P6	128490 - 60UN	27/06/2013			
PR169P6	128490	27/06/2013	4719	15/07/2013	120.000
PR169P6	128490	27/06/2013	4871	02/08/2013	900.000
PR169P6	128490	27/06/2013	4876	05/08/2013	60.000
PR169P6	128490	27/06/2013	4928	09/08/2013	120.000
PR169P6	128490	27/06/2013	4945	12/08/2013	510.000
PR169P6	128490	27/06/2013	4959	14/08/2013	450.000
PR169P6	128490	27/06/2013	4960	14/08/2013	780.000
PR170N5	132902	16/07/2013	4984	20/08/2013	360.000
PR170N5	132902	16/07/2013	5102	03/09/2013	600.000

PR170N5	132902	16/07/2013	5105	03/09/2013	300.000
PR170N5	132902	16/07/2013	92	01/10/2013	450.000
PR170N5	132902	16/07/2013	5306	02/10/2013	900.000
PR170N5	132902	16/07/2013	5323	07/10/2013	450.000
PR170N5	132902	16/07/2013	5393	16/10/2013	450.000
PR170N5	132902	16/07/2013	5409	18/10/2013	180.000
PR170N5	132902	16/07/2013	5475	31/10/2013	240.000
PR170N5	132902	16/07/2013	5480	31/10/2013	2.070.000
PR176L9	168100	06/11/2013	5512	06/11/2013	450.000
PR176L9	168100	06/11/2013	5528	07/11/2013	120.000
PR176L9	168100 - 570UN	06/11/2013	5558	13/11/2013	1.500.000
PR176N5	168100 - 930UN	06/11/2013			
PR176N5	168100 - 390UN	06/11/2013	5604	22/11/2013	810.000
PR176N6	168100 - 420UN	06/11/2013			
PR176N6	168100 - 120UN	06/11/2013	5678	04/12/2013	600.000
PR177W0	177408 - 480UN	03/12/2013			
PR177W0	177408	03/12/2013	5827	19/12/2013	1.500.000

**GLICOSE 10% SOLUCAO INJETAVEL BOLSA PLASTICA 250 ML**

PR154A9	68113	29/11/2012	4024	28/03/2013	50.000
PR155H3	75829	02/01/2013	4415	24/05/2013	100.000

Sustenta estar comprovado o erro do auditor fiscal, devendo ser anuladas/canceladas as cobranças de imposto e multa referentes às infrações 02 e 03, reconhecendo-se sua improcedência também quanto ao exercício de 2014.

Em relação à infração 04, repisa que o lançamento é parcialmente improcedente porque realizou várias vendas de produtos substituídos para órgãos públicos, se beneficiando do Convênio ICMS 140/01, além de ter realizado vendas com produtos que tem o ACETATO DE LEUPRORRELINA como princípio ativo e que é isento conforme posição nº 3 do anexo único do Convênio ICMS 32/2014 e ter adquirido diversos produtos da BECTON DICKINSON INDÚSTRIAS CIRÚRGICAS LTDA. (CNPJ nº 21.551.379/0008-74), com o ICMS destacado pelo substituto tributário e recolhido antecipadamente na nota de Entrada nº 259886, sendo que parte desses questionamentos já foram reconhecidas, porém, mantida outra parte que não reconhece, conforme apontado em defesa e reiterado em recurso.

Indica reconhecer como devido o valor de R\$ 29.556,00 relativo à infração 04, conforme levantamento e documentos acostados, devendo a decisão ser reformada, verificando-se ainda, principalmente em relação às infrações 04 e 05, se já houve pagamento do valor reconhecido para abater do montante exigido.

Encerra requerendo que seja dado provimento ao recurso para declarar a nulidade do Auto de Infração ou, subsidiariamente, reconhecer os equívocos do lançamento que ensejaram cobrança indevida ou, subsidiariamente, declarar como confiscatória a multa arbitrada em percentual de 100% e 60%.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 20/06/2023 e adiado para 07/07/2023. Compareceu(ram) o(as) representante(s) legal(is) da recorrente, Dra. Évely Amanda Ferreira de Melo, OAB/PE 45.846.

**VOTO**

A recorrente inicialmente suscita nulidade do Auto de Infração sob a premissa de que a diligência determinada pela JJF teria reconhecido que não ocorreram os fatos geradores, especialmente quanto às infrações 02 e 03. Sem razão, contudo. O eventual reconhecimento da insubsistência de parte da autuação não conduz à necessária invalidação de todo o lançamento.

A JJF, com base em diligência realizada por auditor estranho ao feito, apenas acolheu as modificações pertinentes à matéria sobre a qual a recorrente logrou êxito em demonstrar a pertinência de suas alegações, na forma do art. 145, I do CTN, não repercutindo em nulidade da

parte em que o erro persiste. Assim, rejeito a preliminar.

A segunda preliminar sustenta a necessidade de declarar a nulidade da autuação porque estaria fadada ao insucesso perante o Poder Judiciário, o que importará em sucumbência para o Estado. Também não vejo como prosperar. Ocorrendo a hipótese de incidência, a constituição do crédito tributário é um dever da administração, sob pena de responsabilidade funcional, na forma do parágrafo único do art. 142 do CTN.

No entanto, o crédito tributário regularmente constituído somente pode ser modificado, extinto, ter sua exigibilidade suspensa ou excluída nos casos previstos em Lei, também sob pena de responsabilidade funcional (art. 141 do CTN). Assim, por não existir hipótese de suspensão, extinção ou exclusão do crédito tributário perseguido no presente PAF, não há como acolher a pretensão da recorrente. Logo, também rejeito esta preliminar.

A terceira preliminar assenta no caráter confiscatório da multa aplicada, que violaria o princípio da proporcionalidade. Ocorre que as multas e consectários possuem previsão legal na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-los por eventual constitucionalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

Por outro lado, cabe lembrar que a legislação possibilita a redução automática das multas previstas nos incisos I, II, III e VII e alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em percentuais que variam entre 25% e 90%, nas hipóteses dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96. Consequentemente, também rejeito esta preliminar.

Em relação ao mérito, a recorrente reproduz os mesmos argumentos trazidos na impugnação, salientando que o mesmo raciocínio se aplicaria para o exercício 2014, estando todos os produtos abarcados pela autuação vinculados com as notas de saída e respectivos lotes. No entanto, observa-se que a planilha a que a recorrente se refere e reproduz em seu recurso somente se refere aos produtos “PLASMA LYTE SOL. INJ. BOLSA C/ 500ML (EMB: PC 01)”, “SOL. FISIOLOGICA 0.9% 500ML BOLSA PLAS. CX C/30 UN (BAXTER)” e “GLICOSE 10% SOLUCAO INJETAVEL BOLSA PLASTICA 250 ML”, **no exercício de 2013**, já revisados em sede de diligência determinada na primeira instância.

Por outro lado, em relação ao exercício 2014, os itens constantes do lançamento são outros, conforme lista abaixo:

CodGrupo	DescriçãoGrupo	Código	UnidInv
00000705	AGUA P/ INJETAVEIS SOL. IRRIGACAO UROLOGICA 300I	00000705	UN
00000705	AGUA P/ INJETAVEIS SOL. IRRIGACAO UROLOGICA 300I	440003828	PC
00000705	AGUA P/ INJETAVEIS SOL. IRRIGACAO UROLOGICA 300I	AGUAP/INJSOLIRRIGUROL300	UN
00000705	AGUA P/ INJETAVEIS SOL. IRRIGACAO UROLOGICA 300I	AZB7117	PC
440003826	METRONIFLEX METRONIDAZOL 5 MG/ ML BOLPLAS.100	440003826	PC
440003826	METRONIFLEX METRONIDAZOL 5 MG/ ML BOLPLAS.100	AZB3421	PC
440003834	GLICOSE 5% SOLUCAO INJETAVEL B OLSA PLASTICA 5I	440003834	PC
		AZB0063	PC

Registre-se que os itens glicose e solução fisiológica referentes ao exercício de 2014 se encontram em quantidades diferentes dos mesmos itens considerados no exercício anterior. Ocorre que a diligência efetivada nos autos não indicou equívocos nos procedimentos do autuante quanto ao exercício de 2014, o que motivou o reconhecimento da insubsistência parcial da autuação em relação apenas ao exercício de 2013.

Por sua vez, a recorrente, nada trouxe em seu recurso para comprovar que a mesma lógica se aplica ao exercício de 2014, ainda que por amostragem, considerando que a planilha constante do recurso é a mesma encontrada na impugnação e só faz referência a operações do exercício de 2013. Como dispõe o art. 143 do RPAF/BA, “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

Nesta linha, rejeito o requerimento de diligência formulado em mesa pela representante da

recorrente, uma vez que se trata de uma faculdade do julgador, porém, além de não existir indícios mínimos para justificar a medida, como mencionado, o seu objeto são documentos que estão na posse do sujeito passivo e poderiam ser juntados aos autos, conforme art. 147, inciso I, alínea “b” do RPAF/BA. Logo, não vejo como prosperar a pretensão recursal quanto às infrações 02 e 03.

Na mesma linha, no que se refere à infração 04, a recorrente apenas afirma que não reconhece o que foi mantido no lançamento pela decisão de primeiro grau sem, contudo, enfrentar suas razões. Com exceção dos argumentos já acatados pela 1<sup>a</sup> Instância e que resultaram na redução do débito de R\$ 114.621,29 para R\$ 59.082,20, a recorrente afirmou na impugnação que seria signatária do Termo de Acordo nº 11.872/09 por meio do qual teria sido concedida redução de base de cálculo de 28,53% quando do pagamento do imposto.

E, embora não tenha comprovado a existência do referido documento, nada mencionou no recurso quanto à afirmação do acórdão recorrido de que a redução já fora reconhecida pelos autuantes na informação fiscal de fls. 529/530. Assim, não vislumbro razões para modificar a Decisão recorrida.

Acrescento ainda, considerando questionamento formulado em mesa pela representante legal da recorrente, que a questão pertinente ao ICMS destacado e recolhido antecipadamente em relação à Nota Fiscal nº 259886 foi acolhida e retirada do lançamento ainda em primeira instância, conforme informação fiscal de fls. 527-530.

Quanto à infração 05 a recorrente busca apenas a homologação do pagamento que afirma ter realizado, contudo, tal providência não se insere dentre as competências deste Conselho, mas à Gerência de Cobrança do Crédito Tributário, nos termos do art. 90 do RPAF/BA. Portanto, não há como acolher.

Diante do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298945.0009/18-1, lavrado contra **PRIME DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 69.251,23**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 61.941,79 e 100% sobre R\$ 7.309,44, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 11.191,48**, prevista no inciso II, “d” do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 3.856/81, devendo ser homologado os recolhimentos efetuados

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS