

A. I. Nº - 284119.0002/17-3
AUTUADO - METAPHARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTE - JURACI LEITE NEVES JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 31/10/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0212-03/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO. Aquisições de medicamentos em operações interestaduais estão sujeitos à antecipação tributária. Falha apontada pela defesa foi corrigida pelo Autuante. Valor do débito recalculado e reduzido. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 13/03/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$11.103.799,72, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 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 do exterior. ICMS ST - Medicamentos. Referente ao período de JAN/2012 a NOV/2014; JAN/2015 a JUL/2016. No valor de R\$11.103.799,72.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 149 a 156, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

Inicialmente a defesa ressalta a sua tempestividade e diz que o auto de infração resta eivado de nulidade, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado pelo Autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Assevera que a legislação tributária determina que o auto de infração identifique o infrator, descreva a infração com clareza, indique os dispositivos legais dados por infringidos e capitule a penalidade, e que ainda deve observar os requisitos que reproduzo a seguir:

- a. *“Nome e qualificação do autuado;*
- b. *O local, a data e a hora da lavratura;*
- c. *A descrição clara e precisa do fato;*
- d. *A descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária;*
- e. *A exigência a ser cumprida;*
- f. *A intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal;*
- g. *A assinatura do atuante e do autuado, quando possível;*
- h. *A indicação da repartição aonde correrá o processo.”*

Aduz que o cumprimento dos requisitos acima tem como finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirão a obtenção de informações seguras ao autuado para a elaboração de sua defesa.

Afirma que a falta de perfeição na ponderação dos documentos, e, interpretação da legislação vigente, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos.

Ressalta que o auditor apresentou valores aleatórios nos períodos de 01/01/2012 a 31/07/2016, por falta de observância do real valor especificado como Preço Máximo ao Consumidor (PMC), como pode ser verificado nos documentos e planilha que diz haver anexado.

Assevera que a falta e observação dos reais valores do PMC, que deram origem ao erro material, que serviram de amparo para o levantamento efetuado, levaram o Autuante a incorrer em erro, conforme o demonstrado na planilha e documentos em anexo. Diz que tal fato por si só eiva de nulidade o auto de infração lavrado, pois desobedecem ao Art. 142 do CTN, que reproduz.

Destaca que não possuindo o lançamento em tela as condições de liquidez e certeza, resta nula o auto de infração, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário, e neste sentido reproduz jurisprudência.

Remata dizendo que por consequência dos fatos que elencou, torna-se primordial a declaração de nulidade do auto de infração e a consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais, acrescentando que se assim não for entendido, requer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

Explica a defesa que a autuada é empresa constituída no Estado da Bahia há vários anos, tendo destaque nacional na comercialização de medicamentos de uso humano e que sempre procurou, apesar das várias dificuldades que assolam os empresários de nosso País e principalmente no Estado da Bahia, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais.

Esclarece ainda que a Impugnante, que era signatária do termo de acordo do decreto 7799/00, que foi substituído pelo Dec. 11.872/09 e alterações, que concederam regime especial para apuração do ICMS às empresas que se enquadravam como distribuidora de medicamentos humana.

Reproduz o art. 1º, §1 e § 2 do decreto 11.872/09 para explicar que a autuada sempre realizou a apuração do ICMS em restrita conformidade com este decreto, e que em grande maioria das vezes ou quase todas às vezes, os valores apurados eram menores que 3% (três por cento) do preço máximo ao consumidor, mas a quitação ou recolhimento do imposto a título de antecipação por substituição do ICMS se dava nos valores não menores que 3% do PMC.

Esclarece que o PMC é o valor máximo do preço a ser praticado pelo comércio varejista, devendo estar de acordo com o preço dos medicamentos comercializados nas farmácias e drogarias.

Diz que os preços são regulados por CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos), que é coordenada pela ANVISA, e que as tabelas com todos os medicamentos e seus respectivos PMCs, em todos os períodos, pode ser encontrados no seguinte site: <http://portal.anvisa.gov.br/consulta-lista-de-preco-de-medicamento>

Suscita ainda à autuada, que os valores do PMC expresso nas NF-e(s), na maioria das vezes não conferia com a realidade do negócio comercial entre ela e o fornecedor, já que a maior parte dos medicamentos negociados tinham em média descontos que variam de 30% a 80% (trinta a oitenta por cento) dos valores totais dos produtos.

Afirma que por este fato o Autuante incorreu em erro ao lançar os valores do PMC de forma equivocada na planilha, esquecendo-se de verificar na base de dados da ANVISA os reais valores do PMC, em seguida apresenta uma tabela dizendo tratar-se de uma amostra de alguns medicamentos expressos na planilha do Autuante para demonstrar as discrepâncias que afirma haver entre os valores lançados no auto de infração e os reais valores do PMC, que se encontram no site da ANVISA:

Ressalta que a referida tabela mostra uma pequena fração das discrepâncias que podem ser visualizadas na planilha, referentes aos valores do PMC lançados pelo auditor e os verdadeiros

valores descritos no portal da ANVISA.

Acrescenta que para além das diferenças dos valores do PMC, pode-se observar que em alguns produtos, a ANVISA dita que os preços estão liberados, sem uma fixação previa de valores, e que o Autuante não observou e que para estes casos utilizou um PMC ficto como base de cálculo para a apuração do imposto.

Afirma que para estes casos de preços liberados o Autuante deveria aplicar os ditames do art.1, § 1º do decreto 11.872/09, tomando assim como base de cálculo para a apuração do imposto, o valor real dos produtos acrescido da margem de valor agregado (MVA), determinada pela legislação vigente, e aplicando uma redução de 28,53% (vinte e oito inteiros e cinquenta e três centésimos por cento).

Conclui que o auto de infração não merece prosperar, porque o Autuante apurou uma base de cálculo superior a real e conseqüentemente um valor de imposto a pagar maior do que devido.

Enfatiza que no Direito administrativo tributário a verdade não se adere à verdade subjetiva Kantiana, a qual retrata um conhecimento subjetivo atrelado ao conjunto de espelhos de uma verdade individual, e sim a verdade objetiva pública, retratada na verdade material e formal.

Emite opinião de que no julgamento do processo administrativo existem três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal, com provas; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte, com provas; c) verdade do julgador, e conclui que prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. Aduz que a essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferi-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis, citando a doutrina contida em (MENEZES, 2002, p.22).

Remata que pelo posicionamento de Menezes, deduz-se que no processo administrativo fiscal vige a busca da verdade material, devendo ser consideradas todas as provas e fatos novos, desde que sejam provas lícitas, ainda que desfavoráveis à Fazenda Pública, mesmo que não tenham sido alegados ou declarados.

Ao final, requer:

“- que seja regularmente distribuída e conhecida a presente DEFESA ADMINISTRATIVA, sendo processada pelo órgão competente;

- a manifestação da autoridade que lavrou o auto de infração, por intermédio do seu preposto;

- que, em face de nulidade da notificação pelos motivos acima desfilados declarados a NULIDADE do Auto de infração objeto, destinando-a ao arquivo administrativo, ou ainda;

Acrescentando que se assim não entendido,

“- que, o feito administrativo seja convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal ao dias relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas;

- que a defesa administrativa seja considerada TOTALMENTE PROCEDENTE, tornando nulas as infrações que tenham seus conteúdos controversos;

Ademais para provar o quanto alegado, protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, principalmente a juntada de documentos.”

Destaca o Autuante que a defesa requer nulidade do auto de infração pelos seguintes argumentos:

- a) *“...demonstrativo elaborado pelo agente de tributos deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.”*

- b) *“...interpretação distorcia da legislação vigente, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos, pois se denota que o auditor auferiu valores aleatórios nos períodos de 01/01/2012 a 31/07/2016, por falta de observância do real valor especificado como Preço Máximo ao Consumidor (PMC)”*;
- c) *“o nobre agente fazendário, por falta de percepção e observação, incorreu em erro ao lançar os valores do PMC de forma equivocada na planilha, esquecendo de verificar na base de dados da ANVISA os reais valores do PMC.”*

Afirma que a preliminar de nulidade não deve prosperar, haja vista estarem presentes todos os pressupostos de validação do processo e aduz que anexo aos autos consta demonstrativo impresso bem como disco de armazenamento de dados (mídia CD-ROM), onde está gravado os demonstrativos da infração ocorrida, planilha eletrônica em formato editável além de outros elementos que dão sustentação à imputação fiscal, o qual, em ambos, o contribuinte recebeu cópia mediante recibo onde é demonstrada de forma detalhada a infração lançada.

Acrescenta que foram elaborados demonstrativos específicos que serviram de base para infração apontada pela fiscalização, acostados ao PAF, onde afirma constarem as informações necessárias e suficientes para a clareza e fácil compreensão dos cálculos utilizados para a obtenção do resultado, como o valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada e reduzida e o ICMS-ST encontrado, cujo modelo utilizado é o padrão da SEFAZ e é gerado automaticamente pelos sistemas, apresentando a seguinte descrição:

- a) *“Planilha 01: ICMS devido por substituição tributária a recolher, ICMS-ST recolhido e/ou parcelado, e totalizado por ano/mês:*
- b) *Planilha 02: ICMS antecipação total (ST) calculado e totalizado por nota fiscal:*
- c) *Planilha 03: ICMS antecipação total (ST) calculado e totalizado por item nota fiscal:*
- d) *Planilha eletrônica em formato editável (EXCELL) da memória de cálculo das planilhas acima.”*

Assevera que os demonstrativos impressos, bem como elementos probatórios gravados na mídia, são parte integrante do processo de autuação fiscal, explicando que conforme determina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (R-PAF), o Auto de Infração é constituído de demonstrativos e elementos probatórios.

Reafirma que o pleito de nulidade do auto de infração não deve ser acatado, dado que não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos à ausência de pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o mesmo elenca com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, com a devida indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados.

Quanto à segunda tese da defesa pela alegação de nulidade (itens “b” e “c”) que entendeu o Autuante estar embasado no fato de que a base de cálculo fora definida com valores de PMC (preço máximo ao consumidor) composto de “valores aleatórios” e sem observância das tabelas emitidas pela ANVISA, assevera o Autuante que tal alegação também não enseja a nulidade do auto de infração, pois, entende que eventuais incorreções quanto a atribuição do valor do PMC não invalidaria o lançamento fiscal, pois afirma que o lançamento contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Quanto às razões de mérito em que a defesa alega terem sido os valores de PMC colhidos de forma aleatória afirmou que a defesa se limitou a apontar apenas 05 itens, no universo de 24.000 itens, os quais, segundo alega, apresentam os PMCs com valores “superiores” aos que constam na tabela da ABC Farma, e reproduz a referida planilha da defesa.

Defende que os valores de PMC’s utilizados no Auto de Infração não foram “aleatórios” e sim retirado do corpo das notas fiscais de cada fornecedor/Laboratório quando da utilização do sistema informatizado SEAI (Sistema Eletrônico de Auditoria).

Destaca que os medicamentos que compõem a amostragem feita pela defesa para demonstrar erro na aplicação do PMC, tiveram os preços PMC colhidos diretamente das notas fiscais de

aquisição pela Impugnante, e demonstra esta assertiva plotando no texto da informação fiscal a cópia de cada nota fiscal em questão, da seguinte forma: Item 01: ENGOV Comp. Env 12x25x6 – Hypermarcas, nota fiscal de nº 26992 (R\$ 1.119,00); Item 02: Sildenafil Citrato 50 Mg Comp Rev C/8 gen – Laboratório Teuto, valor do PMC destacado nas notas fiscais de nº 177.341 (R\$ 84,19); Item 03: Tyledol 750 Mg Comp. P/200 – Laboratório Teuto valor do PMC destacado nas notas fiscais de nº 177.537 (R\$ 117,27); Item 04: Seldagina Drg. C/200 – Laboratório Teuto valor do PMC destacado na nota fiscal de nº 178.117 (R\$ 106,44); Item 05: Neoprazol – Hypermarcas S/A, valor do PMC destacado na nota fiscal de nº 132.198 (R\$ 69,14).

Ressalta que considerando as alegações da defesa, de fato observou que em alguns itens o PMC informado pelos fornecedores/Laboratórios, divergem dos valores constantes na tabela da ABC Farma, e que por esse motivo, no sentido de proporcionar lisura ao levantamento fiscal e em atendimento ao princípio da busca pela verdade material, procedeu a retificação dos valores inicialmente lançados a título de PMC utilizando as tabelas da ABC Farma disponíveis no site de consulta publica <http://portal.anvisa.gov.br/consulta-lista-de-preco-de-medicamento>. E, refeitos os cálculos referentes ao ICMS-ST apresentou novo levantamento do débito fiscal em tela, que reduziu o valor da autuação de R\$11.103.799,75 para R\$ 10.184.845,64, conforme planilha em que resume o resultado mensal do novo levantamento fiscal elaborado para fins das correções em tela, constante deste PAF às fls. 171 e 171 v.

Finaliza a informação fiscal requerendo que o julgamento pelo CONSEF seja pela PROCEDÊNCIA PARCIAL tendo em vista o recálculo dos valores referentes ao ICMS ST.

Em segunda manifestação a defesa inicia reproduzindo excertos da informação fiscal e passa a discorrer sobre argumentos que afirma não terem sido objeto do pronunciamento do Autuante.

Suscita que os pressupostos de validade do processo não adornam o auto de infração, como devidamente demonstrado e repisado em preliminar na defesa administrativa.

Diz que insurge contra as pretensões do Autuante, vícios de natureza formal que torna o auto de infração inapto e conseqüente nulo e que mesmo após a tentativa de correção, a acusação fiscal se mostra imprecisa, confusa, e que da mesma forma se apresentam as planilhas e o método de apuração que deram sustentação ao auto de Infração.

Aduz que no que tange ao mérito, mesmo que demonstrado de forma clara os devidos valores do PMC (s), que constam na planilha que acompanha a impugnação, o nobre Autuante continua incidindo em erro, e que o Autuante só admitiu de forma parcial os erros apontados no lançamento concernente a base de cálculo.

Ressalta que, se o agente fazendário busca proporcionar lisura ao levantamento fiscal, em face ao princípio da verdade material, e admite a existência de erro, que inclusive o levaram a retificar a tabela, deveria também se debruçar sobre todo o “universo” de 24.000 itens, fazendo a correção em sua totalidade e não de forma parcial.

Assevera que contrapondo a planilha acostada pela impugnação com as tabelas da ABC FARMA e com a nova tabela retificada pelo Autuante, verifica-se que ainda existem valores de produtos (PMC), que estão assentados de forma divergente.

E conclui que fica fácil a constatação de que o Autuante, errou no lançamento da base de cálculo, majorando os valores apurados a título de ICMS, que supostamente seriam devidos pela empresa, pedindo ao final seja ratificado os argumentos concernentes a defesa administrativa, e que seja julgado IMPROCEDENTE o auto de infração.

O Autuante volta a se manifestar e reafirma os termos da sua informação fiscal inicial e o seu opinativo pela PROCEDÊNCIA PARCIAL.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Voto portanto pelo indeferimento do pleito de nulidade do auto de infração sob alegação de falta de clareza da acusação, pois concludo não haver amparo fático ou jurídico nos argumentos relativos à ausência de pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a peça vestibular elenca com clareza e conta com fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, com a devida indicação dos fatos, normas e documentos, bem como apresenta seus respectivos dados e memória de cálculo, de modo que a defesa, a julgar pelas suas alegações, pode exercer seu direito ao contraditório eficazmente.

Quanto à alegação de nulidade, conquanto a possível pertinência das falhas apontadas no levantamento fiscal trata-se de situação passível de correção e que em nada compromete de nulidade o lançamento perpetrado.

Concludo, portanto que foram resguardados o direito a ampla defesa e ao contraditório, de modo que afasto a arguição de nulidade alegada pela defesa.

Quanto ao pedido de diligência e de perícia técnica verifico também serem desnecessárias, pois constato que todos os elementos necessários à formação de convicção sobre o feito encontram-se delineados nos autos.

Trata-se de auto de infração relativo à cobrança de ICMS devido à constatação de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos provenientes de outras Unidades da Federação.

Verifiquei que o Autuante procedeu aos cálculos em consonância com o art. 1º, §1 e § 2 do decreto 11.872/09, inclusive respeitou a redução da base de cálculo em 28,53%, como também para os medicamentos com preços liberados procedeu conforme decreto 11.872/09 tomando assim como base de cálculo para a apuração do imposto, o valor real dos produtos acrescido da margem de valor agregado (MVA), tendo realizado os cálculos conforme preconiza a legislação fiscal.

Quanto a alegação defensiva de que valores do PMC foram lançados de forma equivocada na planilha, pois não espeitaram os valores constantes da base de dados da ANVISA e que haviam itens com preços liberados, caso em que o Autuante deveria aplicar os ditames do art.1, § 1 do decreto 11.872/09, tomando assim como base de cálculo para a apuração do imposto, o valor real dos produtos acrescido da margem de valor agregado (MVA), verifiquei que o Autuante em sua informação fiscal, refez toda a apuração contemplando estas arguições defensivas o que resultou na redução do valor do crédito tributário lançado originalmente de R\$11.103.799,72 para R\$ 10.184.845,62, conforme planilha em que resume o resultado mensal do novo levantamento fiscal elaborado para fins das correções em tela, constante deste PAF às fls. 171 e 171 v.

Destarte, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração devendo o crédito tributário lançado originalmente ser reduzido de R\$11.103.799,72 para R\$ 10.184.845,62.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **284119.0002/17-3**, lavrado contra a empresa **METAPHARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.184.845,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42 inciso II alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala de Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR