

A. I. Nº - 299430.0028/17-9
AUTUADO - D & A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA LTDA. - EPP
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0189-01/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Imposto devido por antecipação tributária nas aquisições interestaduais de medicamentos. Cálculo do imposto devido levou em consideração o resultado mais favorável ao autuado, conforme opções constantes no Decreto nº 11.872/2009. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 19/12/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$2.047.765,32, em decorrência do autuado deixar de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos e materiais médicos provenientes de outras Unidades da Federação ou do exterior (07.01.01), ocorrido nos meses de setembro de 2016 a agosto de 2017, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "d", do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 78 a 101. Disse que o lançamento não está claro em relação aos fatos geradores que originou, pois não foram revelados como se obteve os valores dos supostos débitos e multas. Alegou que o fundamento legal da dívida não foi claramente discriminado, sendo apresentado uma vasta relação de normas jurídicas, confundindo a defesa apresentada.

Também reclamou da descrição da infração, pois foi sucinta e pouco específica, impossibilitando a identificação da suposta conduta ilícita e como ocorreu a sua aferição. Assim, entendeu que o ato praticado pela Administração Pública perdeu sua eficácia, devendo ser anulado.

Lembrou que é detentora do regime tributário previsto no Decreto nº 11.872/09, podendo reduzir a base de cálculo ou apurar o imposto devido de forma simplificada, pela aplicação do percentual de 16% sobre o valor da aquisição, desde que o valor apurado seja inferior ao percentual de 3% do PMC.

Argumentou que a manipulação da base de cálculo do ICMS altera a regra-matriz constitucional, ficando sob o império da insegurança jurídica e da ofensa a seus direitos. Alegou que a sistemática adotada pelo autuante é divergente do que fora estabelecido no Decreto nº 11.872/09.

Explicou que os medicamentos têm seus preços controlados pelo governo, por meio da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED. Acrescentou que o preço que deve ser utilizado pelos fornecedores é o “preço fábrica”, ou seja, é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro.

Sustentou que o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) corresponde ao preço teto praticado pelo comércio varejista e que todas as indústrias precisam divulgar estes preços em algum meio de comunicação, como a ABCFARMA ou Guia da Farmácia.

Disse que os valores do PMC divergem e muito dos valores apontados pela CMED. Acrescentou que o PMC nunca poderia ser utilizado como base de cálculo, pois não está previsto em lei.

Asseverou que, com base no art. 150, IV, da Constituição Federal, é proibido a utilização de tributo com efeito de confisco. Lamentou que foram aplicada multas em valores nitidamente

confiscatórios, totalizando R\$1.228.659,18.

Reclamou que o Fisco não deixa exigir o pagamento dos juros de mora sobre tributos vencidos com base na SELIC, pois a norma que a criou conferiu-lhe natureza remuneratória, sendo a taxa calculada em função da variação do custo do dinheiro, não tendo, portanto, natureza de juros moratórios. Concluiu que apenas mediante disposição expressa em lei ordinária os juros moratórios poderão ser superiores a à taxa de 1% ao mês.

Em resumo, o autuado requereu que, diante das preliminares suscitadas, o auto de infração fosse julgado nulo ou, caso contrário, que fosse julgado improcedente em função da base de cálculo ser indevida.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 108 a 111. Explicou que o trabalho que culminou com a lavratura do presente auto de infração foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e nas notas fiscais eletrônicas.

Quanto à alegação de falta de elementos para se determinar a infração e o infrator, disse que não houve indicação que quais estavam faltando, já que o autuado reproduziu todos eles às fls. 79 e 80. Afirmou que foi entregue ao autuado os demonstrativos com o cálculo do imposto devido, conforme recibo à fl. 72.

Destacou que o inciso III do § 10 do art. 289 do RICMS dispõe 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 importador. Acrescentou que apenas quando o atacadista realizar com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos é que poderá ser utilizada a MVA prevista no Anexo 1 do RICMS para cálculo da base.

Confirmou que o autuado era beneficiário do tratamento tributário previsto no Decreto nº 11.872/09. Disse que a forma mais vantajosa para o autuado era calcular o imposto pela aplicação do percentual de 16% sobre o valor de aquisição. Deu como exemplo o imposto calculado sobre as mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 17335. Assim procedeu em toda apuração do imposto, considerando a fórmula mais vantajosa para cálculo do imposto devido em cada nota fiscal de aquisição.

Afirmou que sobre a aplicação da multa e da taxa Selic seguiu a norma legal a qual está subordinado a obedecer, a Lei nº 7.014/96 e a Lei nº 3.956/81.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Afasto toda discussão acerca da constitucionalidade da multa aplicada no presente auto de infração. De acordo com o inciso I, do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual e a multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração, sob a argumentação de que o lançamento não estava claro em relação aos fatos geradores. A descrição da infração deixou claro que a exigência deste auto decorre da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, nas aquisições de medicamentos oriundos de outras Unidades da Federação. Na planilha de cálculo do imposto devido (fls. 07 a 69), consta a identificação de todas as notas fiscais de aquisição e os itens existentes em cada nota fiscal estão também expressos de forma individualizada, de forma a permitir a conferência da apuração do imposto devido.

A citação dos dispositivos do enquadramento legal, remete aos dispositivos que tratam da responsabilidade tributária (art. 8, inciso II da Lei nº 7.014/96), da base de cálculo (§ 3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96) e da forma de apuração (art. 289 do RICMS e Decreto nº 11.872/09). Assim, não

há que se falar em falta de discriminação da fundamentação legal da infração.

Este auto de infração exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, nas aquisições interestaduais de medicamentos. O uso do PMC como base de cálculo da antecipação tributária sobre medicamentos, está previsto no inciso III, do § 10, do art. 289 do RICMS, em consonância com o § 3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96. O tratamento tributário instituído pelo Decreto nº 11.872/09, admite a redução dessa base de cálculo ou a adoção de outra metodologia para apuração do imposto devido por antecipação tributária.

Na apuração do débito, o autuante aplicou o tratamento tributário previsto no Decreto nº 11.872/09, do qual o autuado é beneficiário, e calculou o montante devido pelo menor valor encontrado dentre a aplicação da redução de 28,53% da base de cálculo, ou a aplicação do percentual de 16% sobre o valor de aquisição, desde que não resultasse em valor inferior a 3% do PMC.

Na planilha de cálculo do presente auto de infração, anexada das fls. 07 a 69 e em CD à fl. 71, foram criadas colunas com o valor dos itens em cada nota fiscal (coluna J), valor dos itens pelo PMC (coluna P), apuração por meio da aplicação do percentual de 16% sobre o valor de aquisição (coluna Q) e apuração por meio da aplicação de 3% sobre o PMC (coluna R). A coluna com cálculo do valor correspondente a 3% do PMC, foi criada para estabelecer o limite mínimo de recolhimento, caso a opção de 16% se apresentasse mais favorável ao autuado. Conforme informado pelo autuante, essa opção foi a mais benéfica em todas as aquisições efetuadas pelo autuado.

De acordo com o inciso III, do art. 167 do RPAF, não se incluem na competência dos órgãos julgadores, a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Assim, a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, tem previsão expressa no § 2º, do art. 102 da Lei nº 3.956/81, e a multa foi aplicada com base no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Assim, considerando que restou comprovada a falta de recolhimento e que na apuração do imposto devido foi levado em conta o resultado mais favorável ao contribuinte, como admitido no art. 1º do Decreto nº 11.872/2009, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2994300028/17-9, lavrado contra **D & A DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA E LOGÍSTICA LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.047.765,32**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR