

A. I. Nº - 281071.0013/18-2
AUTUADO - EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15.07.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-02/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. RETENÇÃO A MENOR. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. VENDAS REALIZADAS DENTRO DO ESTADO. Aplica-se às operações sujeitas a ICMS por substituição tributária com medicamentos objeto da exação o Preço Máximo de venda ao Consumidor – PMC como disposto no caput da Cláusula segunda do Conv. ICMS 76/94. Infração subsistente. Não acolhido a nulidade suscitado e indeferido o pedido de perícia e diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2018, exige ICMS no valor histórico de R\$1.235.498,54 em razão da seguinte infração:

08.15.02 – Retenção e recolhimento a menos de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia e relativo às operações subsequentes. Período: janeiro a dezembro de 2014, 2015 e 2016. Enquadramento legal: Art. 10, da Lei 7.014/96 C/C Cláusulas segunda, terceira e quarta do Conv. ICMS 76/94. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei 7014/96.

O autuado impugna o AI às fls. 134 a 152 dos autos. Em preliminar, suscita a nulidade alegando ausência de clareza e precisão das informações constantes na descrição da acusação. Reproduz o art. 18, incisos I, II, III e IV, alíneas “a” e “b” do Decreto nº 7.629/99 e diz ter sido cerceado no seu direito de defesa, apontando que:

- a) atos praticados com o cerceamento de quaisquer das garantias processuais constitucionais são absolutamente nulos;
- b) considera-se ocorrida a preterição ao direito de defesa sempre que no curso do processo suceder algo que, de alguma forma, inviabilize o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado.

Diz que o sistema de nulidades se destina a garantir que os atos administrativos não serão praticados de maneira viciada; que as chamadas “nulidades absolutas” representam a sanção mais vigorosa contra atos que presumidamente resultam em prejuízo a interesse público e que ao delinear os contornos dos princípios do contraditório e da ampla defesa provará que o Auto de Infração foi lavrado de modo que o exercício do contraditório e da ampla defesa se tornou inexequível.

Passando a falar do sentido e alcance da ampla defesa e do contraditório no PAF, diz que o direito à ampla defesa (formal e substancial) garante ao administrado a possibilidade de conhecer todos os elementos que integram tal processo, de sorte a lhe permitir questionar sobre o que lhe está sendo imputado.

Acrescenta que por força do necessário contraditório que deve orientar a condução de qualquer processo administrativo, a parte deve dispor da possibilidade real e efetiva de influenciar no convencimento do julgador, mediante a produção de elementos comprobatórios de suas alegações.

Fala que cotejando a situação fática com o “sistema de nulidades” consagrada pela legislação que cuida do processo administrativo tributário do Estado da Bahia, tem-se que o Auto de Infração e, por conseguinte, todo o processo administrativo dele advindo resta eivado de vício irreparável devendo ser declarada nulo.

Diz que para o desenlace deste caso impende examinar o artigo 39 do RPAF que reproduz com destaque ao inciso III.

Assinala que o dispositivo sob comento requer a descrição clara dos fatos concretos que justifiquem o tributo e que os anexos constantes do Auto de Infração devem comprovar, com exatidão, os fatos tidos como infracionais pelo autuante, de modo que o autuado tenha condições de saber do que ele está sendo acusado, mas que o auditor fiscal não descreveu a infração de forma clara e precisa, tampouco trouxe os elementos necessários a prática de uma defesa eficaz.

Diz que os dados da planilha apresentada pela fiscalização não restam claros, tampouco nela constam informações complementares de forma a auxiliar no seu pleno entendimento.

Aduz que os valores lançados através do Auto de Infração são baseados na apuração feita pelo Auditor Fiscal através de mera planilha de levantamento de base de cálculo de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e que ao Estado de destino apenas cabe verificar se a base de cálculo e alíquota empregados no cálculo do ICMS – ST realmente se deu em conformidade com a operação realizada pelo contribuinte.

Neste caso, diz a autoridade fiscal elaborou planilha que, apesar de conter colunas demonstrativas, basicamente faz um confronto entre o ICMS ST devido e o que fora efetivamente retido na operação de origem da mercadoria pelo próprio contribuinte.

Alega que a planilha, utilizando a simples operação aritmética acima apontada, procura verificar a “acertude” de inúmeros itens comercializados, mas nela não se consegue visualizar com clareza qual a forma e metodologia utilizadas na composição de tal documento.

Contudo, analisando na base do Auditor verifica que alguns produtos considerados com diferenças de ICMS ST a recolher são decorrentes de divergências de PMC, pois existiriam alguns medicamentos que são liberados do monitoramento do PMC, estes identificados nas revistas com a sigla LIBF (Liberado pelo Fabricante). Nesses casos, sustenta que a empresa recolheu o ICMS ST com base na MVA, conforme ilustra para BENEGRIP CPD/20 e ADEFORTE GTS 15ML (fls. 141-143).

Afirma ainda que, para fins ilustrativos seccionou do relatório da fiscalização um item representado na NF-e 8590985 de 04/06/2016 (BENEGRIP CPD/20), em que a fiscalização está apontando uma diferença a pagar de R\$ 2,51, mas que ao confrontar o cálculo da Fiscalização X cálculo da Pague Menos, vê-se que o valor do ICMS ST calculado na planilha do Auditor, com base no PMC apresenta um valor de R\$31,70, mas que utilizando a base de cálculo feita a partir da MVA a Pague Menos apurou e recolheu R\$29,20.

De igual modo exemplifica para a Nota Fiscal-e 8442499 de 02/05/2016 (ADEFORTE GTS 15ML), em que a fiscalização está apontando uma diferença a pagar de R\$3,55 (fls. 142-143).

Sustenta não haver lógica na metodologia apresentada na planilha da autuação, mormente quando não existe uma demonstração precisa da ocorrência da infração fiscal, notadamente pelo fato de tais medicamentos serem identificados nas revistas com a sigla LIBF (Liberado pelo Fabricante), que entende estarem livres de PMC, decorrendo daí a dificuldade em elaborar uma defesa técnica consistente, mesmo com a tentativa de decomposição dos cálculos apresentados em tal planilha, inferindo-se que o contribuinte não dispõe de clareza e de meios necessários para entender como o douto agente fiscal chegou à conclusão de que houve afronta à legislação, na medida em que os valores constantes na planilha que serve de fundamento à autuação em tablado, encontram-se confusos, não sendo possível sua verificação de forma a viabilizar a plena defesa por parte do contribuinte.

Concluindo o tópico, diz necessitar tais informações para se defender de modo consistente, pois as informações complementares à autuação são imprestáveis, o que, por azo de consequência,

inviabiliza a apresentação de defesa por parte do contribuinte, de modo que o AI deve ser declarado nulo por cerceamento ao direito de defesa.

No item III.c, reproduzindo excerto doutrinário de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (*In* X Curso de Especialização em Direito Tributário, São Paulo, Resenha Tributária, 1983, p. 66), sobre a expressa vedação de se considerar antecipadamente qualquer conduta do sujeito passivo como sendo adotada com má-fé, diz não ter efetuado recolhimento a menor de ICMS, notadamente em face da lisura e transparência de suas informações contábeis.

Frisa a não ocorrência dos fatos narrados pela autoridade fiscal, motivo pelo qual o Auto de Infração merece ser julgado improcedente, pois não correspondem ao que atestam os fatos registrados no conjunto de seus documentos (notas fiscais + livros contábeis) utilizados no período objeto da fiscalização.

Ressalta que não há que se cogitar da existência do fato narrado na peça acusatória, inexistindo qualquer comportamento dirigido a mascarar a dimensão de fatos geradores praticados pela defendente e que se o fiscal tivesse examinado toda a documentação da autuada não haveria autuação, porquanto todas as operações realizadas tiveram o tratamento tributário correto, notadamente através do cadastramento das Notas Fiscais de Entradas e Saídas, bem como do seu devido registro nos livros fiscais, de modo que não existiria substrato fático/jurídico que suporte a autuação que deve ser extinta em face da ausência de provas tendente a caracterizar a conduta supostamente descrita nos autos.

Sublinhando a falta de provas para uma acusação tão grave e severa a um contribuinte que tem o registro contábil de todas as suas operações, ressalta não haver prova no sentido de testificar que efetivamente efetuou retenção e recolhimento a menor de ICMS, tampouco praticou qualquer tipo de conduta paralela à estrita legalidade.

Assinala que em nenhum momento os documentos fiscais da empresa foram examinados com apuro, sendo a presente infração decorrente exclusivamente de presunção do agente fiscal, o que está causando prejuízos à impugnante.

Diz que os exemplos indicados comprovam a inconsistência do demonstrativo e cálculos que servem de escora à autuação.

Salienta que rezam a favor do contribuinte as disposições do Código Tributário Nacional-CTN que dispõem sobre o lançamento tributário, como atividade vinculada, onde o patrimônio do contribuinte deve suportar a carga tributária gerada, na conformidade de uma delimitação onde não cabem presunções simples, sob pena de o fisco, como detentor do poder de lançar o tributo, se exceder na caracterização do montante tributável. Transcreve, nesse sentido, lições de PAULO DE BARROS CARVALHO, ALBERTO XAVIER e HUGO DE BRITO MACHADO, bem como ementa de decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na AC 45.952-RJ.

Afirma que não se está defendendo a exclusão do poder discricionário inerente à análise do lançamento tributário, mas esclarecer que se exacerbou desse poder, uma vez que sequer se descreveu na autuação a forma com que foi praticada a suposta fraude operada pelo contribuinte.

Alega que a imputação tem fulcro em simples presunção, não se prestando “para aquela tipificação por singela verificação de fatos que sequer demonstrou-se perfunctória ou lascivamente ter o contribuinte assim procedido, em detrimento dos princípios da presunção de inocência, devido processo legal e ampla defesa” e que é “defeso ao fisco, quedar por desconsiderar a escrita fiscal da decorrente, notadamente quando pautada dentro da estrita legalidade e da transparência de suas operações”.

Reproduz doutrinas de SUSY G. HOFFMANN (*In* Teoria da prova no Direito Tributário, São Paulo, Copola Editora, 1999, p. 183) e PAULO CELSO BONILHA (*in* Processo Administrativo Fiscal, Ed Dialética, p. 132), acerca de prova no lançamento tributário e mais uma vez pede a declaração de improcedência do Auto de Infração.

Seguindo, no item “III.d”, após digressão sobre a necessidade de Prova Pericial e sobre o princípio

da verdade material, indicando representante, requer a realização de perícia técnica apresentando os seguintes questionamentos:

- a) As bases de cálculo apontadas pela fiscalização estão corretas?
- b) As margens de valor agregado apontadas na planilha são os condizentes com a legislação?
- c) A valor de ICMS ST efetivamente recolhido pelo contribuinte está condizente com os valores apresentados na planilha?
- d) Os valores constantes na planilha apresentada pelo douto fiscal seguem os parâmetros definidos pela legislação?

Por fim pede e requer que:

- o Auto de Infração seja julgado Nulo de pleno direito, por flagrante violação ao exercício do direito de defesa do contribuinte, caso não seja esse o entendimento, que seja julgado totalmente Improcedente para que fique afastada a indevida cobrança dos valores;
- caso persista dúvida acerca das alegações da autuada, que determine a realização de exame pericial/diligência na documentação que ache necessária, além da que está anexa ao presente feito, e que, de posse do competente laudo pericial, considere a inexistência do ilícito apontado na peça acusatória, com a total Improcedência da autuação.
- o contribuinte seja intimado por ocasião do julgamento do presente feito para fins de sustentação oral de suas razões.

Na informação fiscal (fls. 187/191), após reproduzir a infração e resumir a peça impugnativa, o autuante assim rebate os argumentos defensivos:

Preliminarmente, contesta os argumentos quanto à nulidade do Auto de Infração dizendo que o constituiu em estrita observância às disposições legais pertinentes, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses de nulidade descritas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF - Decreto nº 7.629/1999. Informa que se encontram autuados todos os demonstrativos necessários à evidenciação das infrações, destacando-se as Notas Fiscais Eletrônicas nas quais se identificaram as operações objeto de autuação, apontando-as em detalhes, que chegam ao nível de cada um dos itens de mercadoria, indicando-se o enquadramento legal correspondente às infrações cometidas. Portanto, salienta que descreveu e detalhou os fatos que foram objeto de autuação, tendo, inclusive, promovido a anexação dos demonstrativos de débito, conforme folhas 11 a 125 e CD com a relação completa das respectivas notas fiscais que dão respaldo ao lançamento (fls. 126 e 127).

Esclarece que a base de cálculo utilizada para se chegar ao valor do ICMS ST devido foi definida atendendo ao disposto no *caput* da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94: será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para a venda a consumidor e, **na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial** (grifos no original). No caso, a tabela com os valores de PMC publicados na Revista ABCFARMA - Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico. Ou seja, os PMC utilizados pela fiscalização foram os divulgados pela ABCFARMA para os períodos referentes às datas das Notas Fiscais.

Informa que para a identificação dos preços máximos ao consumidor, correspondentes a cada item das notas fiscais, gerou um banco de dados com as informações registradas em tais documentos e, posteriormente, realizou um cruzamento de dados, em que os produtos foram vinculados ao seu respectivo PMC tendo como base as informações contidas no código de barras expresso na nota fiscal eletrônica e nos arquivos enviados pela ABCFARMA à Secretaria da Fazenda da Bahia com os preços publicados.

Assinala que o preço identificado para cada item se encontra na coluna “PMC” dos demonstrativos de cálculo acostados ao PAF, às fls. 11 a 125, tendo sido todos eles entregues à autuada por meio

de arquivos gravados em CD (fls. 126 e 127). Tais demonstrativos apresentam todos os cálculos necessários à apuração das divergências encontradas.

Expõe que os demonstrativos apresentam, em cada uma de suas colunas, as informações relevantes para a perfeita caracterização das operações tributadas e os valores pertinentes: o número da nota fiscal, a data de emissão, a alíquota interna, a descrição do produto, valor e quantidade, base de cálculo e valor do ICMS próprio, valor do PMC, base de cálculo da ST, calculada e reduzida, ICMS ST calculado, retido e diferença a recolher.

Ressalta que o Auto de Infração foi lavrado em função de ter sido apurado, através da auditoria, que a empresa recolheu a menos o ICMS Substituição Tributária devido nas saídas para destinatários localizados no Estado da Bahia e que os demonstrativos apresentam informações de cada Nota Fiscal, item a item, com as alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada e reduzida, o ICMS-ST encontrado, além da indicação da forma como foi calculado o ICMS ST devido.

Chama atenção para se verificar que os demonstrativos detalham, passo a passo, por coluna, todas as etapas do cálculo do ICMS Substituição Tributária devido. Informam ano, mês e dia de emissão da NF, seu número, código do produto, CNPJ e nome da empresa fornecedora, UF de origem e alíquota interna e de origem. Portanto, apresentam todas as informações necessárias para a clareza e compreensão dos cálculos utilizados para a obtenção do resultado. Cada NF traz os itens separadamente, por linhas, e os valores dos cálculos intermediários, assim como os percentuais de redução de base de cálculo.

Reafirma que o presente lançamento tributário foi constituído em estrita observância às disposições legais pertinentes, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses que poderiam ensejar sua nulidade, isto é, as previstas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF - Decreto nº 7.629/1999.

Consigna que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos que foram objeto de autuação, providenciou a anexação dos demonstrativos de débito pertinentes e indicou a relação completa das respectivas notas fiscais que dão respaldo ao lançamento, de modo a validar o lançamento, pois se encontra revestido de todas as formalidades legais, caracterizando com exatidão o montante do imposto devido pelo contribuinte. Todas essas informações foram levadas ao conhecimento do contribuinte para lhe assegurar o pleno exercício do direito de defesa.

Quanto ao mérito da forma de cálculo, salvo melhor juízo, entende não proceder a alegação da autuada quanto ao uso da MVA para os produtos identificados nas revistas com a sigla LIBF (Liberado pelo Fabricante), sob o argumento de que os mesmos estariam “...livres de PMC” (fls. 143). Explica que, em verdade, a expressão “LIBF” refere-se aos medicamentos liberados do monitoramento do Preço Fabricante (PF). Anexa ao PAF cópias de uma das Revistas ABCFARMA, a título exemplificativo, onde consta tal esclarecimento:

INFORMAÇÕES ADICIONAIS DA LISTA DE PREÇOS DA REVISTA ABCFARMA

Os medicamentos fracionados estão identificados na lista com a palavra **FRACIONADO**

Os medicamentos genéricos estão inseridos na lista identificados com a sigla **(GEN)**

Os medicamentos liberados do monitoramento do Preço Fabricante **(PF)** estão identificados com a sigla **LIBF**

Os medicamentos novos na lista e/ou as novas apresentações estão identificados com o símbolo **(#)**

Reproduz a Orientação Interpretativa nº 02, de 13 de novembro de 2006, expedida pela CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (fonte: portal.anvisa.gov.br/orientação-interpretativa-n-02-de-12-de-novembro-de-2006).

Destaca que a própria CMED esclarece o significado do conceito de “Liberado” para os medicamentos constantes de sua lista de preços máximos, como por exemplo no documento divulgado em 23/05/2016:

*“Liberado – Produtos Liberados dos critérios de estabelecimento ou ajuste de preço (Resolução CMED no. 05, de 9 de outubro de 2003). **Apenas o Preço Fábrica encontra-se liberado**, devendo o Preço Máximo ao Consumidor atender às margens previstas no Art. 4º da Resolução no. 04, de 12 de março de 2015).”* (fonte: site da ANVISA; grifos no original).

Entende que a liberação se refere somente ao monitoramento do Preço Fábrica; portanto, continuam se aplicando aos medicamentos objeto da presente autuação os valores dos Preços Máximos ao Consumidor, divulgados pela Revista ABCFARMA, e considerados pela Secretaria da Fazenda da Bahia em sua fiscalização habitual, atendendo-se às prescrições legais, no caso aquelas determinadas pelo Convênio ICMS 76/94:

*“Cláusula segunda: A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, **na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial**”.* (grifos no original)

Assim, informa que seguindo as determinações legais utilizou os valores dos PMC divulgados pela ABCFARMA, para os medicamentos indicados nos demonstrativos de débitos acostados ao presente processo. Sustenta que não cabem, portanto, as alegações da autuada quanto ao uso da MVA para os produtos em questão.

Portanto, considera que os argumentos defensivos não prosperam, pois a preliminar de nulidade foi afastada com a demonstração da observância às formalidades exigidas pelo RPAF. Quanto ao mérito, diz ter seguido as normas vigentes para a correta apuração do imposto devido, bem como restou evidenciada a farta documentação que suporta os valores cobrados a partir das informações das notas fiscais relacionadas no processo.

Opina pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Como relatado, o Auto de Infração acusa retenção e recolhimento a menos de ICMS por substituição tributária total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia.

Também como acima relatado, embora longa e excessivamente repetitiva (fls. 134 a 152, dos autos) os argumentos do Impugnante se resumem em: a) preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa alegando: a.1) ausência de clareza e imprecisão da acusação fiscal; a.2) dificuldade de entender a planilha e o cálculo suporte da autuação; b) negação do recolhimento a menos do ICMS ST, pois, analisando a “base do Auditor” verificou que as diferenças do ICMS ST decorrem de divergências de PMC, uma vez que medicamentos identificados nas revistas com a sigla LIBF são liberados do monitoramento do PCM e, para estes recolheu o ICMS ST com base na MVA; c) descon sideração da escrita fiscal do autuado e falta de prova da acusação fiscal; d) pedido de perícia técnica/diligência fiscal para estabelecimento da verdade material.

Pois bem, ainda que, os argumentos de preliminar e mérito estejam confusos e profusamente entabulados na Impugnação, antes de adentrar ao mérito do lançamento em revisão neste órgão administrativo judicante, compulsando os autos, verifico: a) conforme documentos de fls. 127-131, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 18-125 e CD de fl. 126); e) a

infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Mais especificamente quanto ao alegado cerceamento ao direito de defesa, observo até contradição haver nos próprios argumentos defensivos, pois, ainda que preliminarmente alegue ausência de clareza e imprecisão no que está sendo acusado e dificuldade em entender a planilha suporte da autuação, ao negar o cometimento da infração (recolhimento a menos do ICMS ST), no que diz respeito ao mérito do caso, demonstra sua plena compreensão com os exemplos das NF-e 8590985, de 04/06/2016: BENEGRIP CPD/20 e NF-e 8442499, de 02/05/2016: ADEFORTE GTS 15ML.

Acertadamente, o Impugnante vai ao seu cerne relatando o concreto motivo da exação fiscal: divergente entendimento na aplicação da normativa atinente ao cumprimento da obrigação tributária principal relativa à apuração e consequente recolhimento das operações de vendas para contribuintes localizados na Bahia que realizou e registrou em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD e isto se reforça ao expressar o óbvio do caso: que a autoridade fiscal elaborou planilha que, apesar de conter colunas demonstrativas, basicamente faz um confronto entre o ICMS ST devido e o que fora efetivamente retido na operação de origem da mercadoria pelo próprio contribuinte.

As operações objeto da exação constam relacionadas em detalhes nas planilhas suportes e o sujeito passivo as reconhece de inteiro teor, uma vez que o protesto de fato, identificado que foi, como se vê na Impugnação, resume-se a que para os medicamentos identificados nas revistas da ABCFARMA com a sigla LIBF (Liberado pelo Fabricante), recolheu o ICMS ST com base na MVA, ao passo que a fiscalização, como se vê nas planilhas da autuação, aplicou para tais medicamentos o Preço Máximo de Venda a Consumidor – PMC sugeridos nas citadas revistas.

De mais a mais, sem sentido lógico e fático a alegação relativa a descon sideração da escrita fiscal do autuado e dificuldade para entender a planilha e o cálculo suporte da autuação, uma vez que a auditoria tem por base a Escrituração Fiscal Digital – EFD efetuada pelo próprio contribuinte, única de valor jurídico a provar em contra ou a seu favor; as planilhas detalham e demonstram o passo a passo do cálculo da exação fiscal resultante da diferença entre o ICMS ST com base no PMC e o ICMS ST efetivamente recolhido pelo contribuinte autuado, especificando por coluna as suas etapas, informando ano, mês e dia de emissão da NF, seu número, código do produto, CNPJ e nome da empresa fornecedora, UF de origem e alíquota interna e de origem.

Portanto, evidenciam todas as informações necessárias à clareza e compreensão dos cálculos utilizados para a obtenção do resultado. Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

Por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos e em face da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos e desnecessárias em vista das provas produzidas, com fundamento no artigo 147, I, “a” e II, “a” e “b”, indefiro o pedido de diligência e perícia formulado.

Superada a análise preliminar, passo a apreciar o mérito do lançamento tributário de ofício em sede de revisão neste CONSEF.

De logo, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Como já retro insinuado, não havendo contestação quanto às operações objeto da autuação, a solução da lide consiste em saber a quem pertence razão quanto a aplicação da norma específica ao caso concreto, esta limitada a saber se no cálculo para os itens identificados com a sigla LIBF (Liberado pelo fabricante) se aplica a Margem de Valor Agregado - MVA, como o sujeito passivo calculou e recolheu o ICMS ST ou se a eles se aplica o Preço Máximo ao Consumidor – PMC,

como a fiscalização entende e cujos cálculos comparados resulta na exação em lide administrativa.

Ao que interessa ao caso, regendo a matéria está o artigo 10 da Lei 7014/96 e o Convênio ICMS 76/94, mais especificamente as Cláusulas primeira a quarta. Eis as redações:

Lei 7014/96

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Convênio ICMS 76/94

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos.

Cláusula segunda A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Cláusula terceira A alíquota a ser aplicada sobre a base de cálculo prevista na cláusula segunda será a vigente para as operações internas na unidade da Federação de destino.

Cláusula quarta O valor do imposto retido será a diferença entre o calculado de acordo com o estabelecido na cláusula segunda e o devido pela operação própria do estabelecimento que efetuar a substituição tributária, devendo ser recolhido até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da retenção do imposto.

Pois bem. O argumento defensivo é que os medicamentos identificados nas revistas da ABCFARMA com a sigla LIBF (Liberado pelo Fabricante) estariam “liberados do monitoramento do PMC”. Não há, portanto, discordância na aplicação do PMC estabelecido por Revista ABCFARMA para os demais medicamentos.

Contrariamente, sustentando-se em informações identificadas em texto da própria Revista ABCFARMA, bem como na Orientação Interpretativa nº 02, de 13 de novembro de 2006, expedida pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, o autuante entende que se aplica o PMC mesmo para os medicamentos identificados com a sigla LIBF, pois a expressão LIBF se refere aos medicamentos liberados do monitoramento do “Preço Fabricante (PF)”.

Agora bem. Reparando as disciplinas citadas pelo autuante, de fato, a expressão LIBF nas informações adicionais da lista de preços da Revista ABCFARMA se relaciona aos medicamentos liberados do monitoramento do Preço Fabricante (PF) e o texto da Orientação citada especifica que Preço Fabricante (PF) é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz”, enquanto que “o Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácia e drogarias”.

Portanto, considerando que: a) a discordância entre as partes, motivo da autuação, diz respeito à base de cálculo utilizada para se chegar ao valor do ICMS ST devido, em que a Fiscalização acertadamente se fundamenta no *caput* da Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, ou seja, o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para a venda a consumidor e na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor, sugerido ao público pelo estabelecimento industrial; b) no caso em análise, como destacado pela Fiscalização, a tabela com os valores de PMC é publicada na Revista ABCFARMA. Ou seja, os PMC utilizados pela fiscalização, foram os divulgados para os períodos referentes às datas das notas fiscais consideradas na autuação; c) estando a base de cálculo, a alíquota aplicada e o imposto apurado na forma das normas aplicáveis, resta devidamente provado nos autos o recolhimento a menos do ICMS-ST nas operações relacionadas às notas fiscais objeto da autuação. Tenho, portanto, a infração como inteiramente subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por

unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 281071.0013/18-2**, lavrado contra **EMPREENHIMENTOS PAGUE MENOS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.235.498,54**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIO - JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR