

A. I. N° - 269283.0008/19-6
AUTUADA - D&A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA EIRELI
AUTUANTE - DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/02/2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0002-05/20

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR – PMC. Há previsão legal para que se adote o PMC como base de cálculo para tributação dos medicamentos. Alegações defensivas quanto aos valores lançados não foram comprovadas. Afastada a preliminar. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Inicialmente, cumpre realçar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da simulação dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Auto de Infração sob debate, lavrado em 30/6/2019, conta com o seguinte descritivo:

Infração 01 – 07.01.01:

Deixou de pagar o ICMS devido por antecipação, como substituto tributário, em face de aquisições interestaduais.

Até a data de 11.8.2017, a base imponible foi calculada nos termos do Decreto n° 11872/09. Depois disto, foi calculada apenas com base no PMC (Preço Máximo ao Consumidor), aplicando-se depois a alíquota interna e deduzindo-se o crédito destacado na operação de aquisição.

Acresça-se que as mercadorias abarcadas no lançamento são medicamentos e produtos farmacêuticos sujeitos à tributação antecipada, ressaltando que o contribuinte autuado possuía o Termo de Acordo para fruição dos benefícios previstos no Decreto n° 11872/09, até a data de 11.8.2017, ocasião em que acabou sendo cassado.

Registre-se que o autuado alterou seu endereço no curso da fiscalização para região do Estado distinta de sua circunscrição de origem, apesar de estar na condição de inapto no cadastro da SEFAZ. Durante a ação fiscal apresentou diversas guias de pagamento do imposto, inclusive GNRES, cujas notas fiscais com imposto devidamente recolhido não foram relacionadas nos demonstrativos que fazem parte do presente Auto de Infração.

Montante histórico de imposto de R\$436.834,38 e multa de 60%, com fatos geradores ocorridos em junho, setembro e dezembro de 2017, abril e junho a novembro de 2018.

Enquadrou-se a conduta no art. 8º, II e 23, § 3º da Lei n° 7014/96, c/c o art. 289 do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto n° 13780/12, e penalidade prevista no art. 42, II, “d” da Lei retro citada.

Dão suporte à cobrança, intimação para apresentação de livros e documentos (fls. 06/07), 7ª intimação para apresentação de livros e documentos, via DTE (fl. 04), dados cadastrais da autuada (fls. 05/06), Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária - Entradas (fls. 07/10), relação dos processos tributários em nome do contribuinte (fl. 11) e CD, contendo arquivos eletrônicos (fl. 12).

Ciente do lançamento, em 08.7.2019, a impugnação (fls. 15/38) foi protocolada em 26.8.2019, conforme registro presente nos autos (fl. 14).

Nela, articulou-se basicamente o seguinte:

- Em preliminar, a nulidade do lançamento em face da ausência de requisitos essenciais para a validade da exigência tributária. Com efeito, o fundamento legal da dívida não ficou claramente discriminado, além da descrição da infração ter sido sucinta e pouco específica, impossibilitando a identificação da suposta conduta ilícita. Traz como suportes à sua tese os

arts. 18 e 39 do RPAF-BA, precedentes administrativos federais e doutrina de publicistas.

- Já no mérito, designadamente quanto à substituição tributária, aduz ter havido apuração incorreta da base de cálculo, visto que a auditoria adotou sistemática de cálculo diferente da que fora estabelecida no regime especial previsto no Decreto nº 11872/09.
- Como segundo ponto, insurge-se contra o PMC utilizado pelo fisco, cujos valores divergem e muito dos valores apontados pela CMED, além da máxima de que a base de cálculo é matéria de reserva legal, trazendo também suporte constitucional e doutrinário.
- Por fim e subsidiariamente, invoca-se a abusividade da multa aplicada de 60%. Nesta toada, afirma-se que este percentual da penalidade revela-se confiscatório, segundo posicionamento jurisprudencial emanado das Cortes Superiores. E contesta a aplicação da taxa SELIC como índice correspondente aos juros moratórios, com apoio em lições de juristas e arestos do STJ, além de paradigma administrativo federal.

Pede a improcedência do lançamento de ofício.

Naquela oportunidade, a impugnante apensa apenas documentação comprobatória de representação legal e mídia digital contendo arquivos eletrônicos.

Nas suas informações fiscais (fls. 70/75), a i. autuante pondera que descreveu de forma clara e precisa a infração perpetrada, tendo como suporte os arts. 8º, II, e 23, §3º, ambos da Lei nº 7014/96; e acrescenta que estranha a alegação de violação ao direito de defesa, porquanto houve intensa comunicação entre a auditoria e os prepostos da empresa, oportunidade em que conseguiram estes últimos comprovar que diversas notas fiscais de aquisição tiveram o tributo pago corretamente, haja vista as guias de recolhimento exibidas, ficando apenas um remanescente que serviu de objeto desta autuação.

No mérito, sustenta que a inconstitucionalidade de dispositivo normativo não pode ser apreciada nesta seara administrativa. No que tange à aplicação dos incentivos previstos no Decreto nº 11872/09, aborda que houve a cassação do termo de acordo em 11.8.2017. Quanto à alegação de que os valores de PMC estão equivocados, gerando incerteza e instabilidade, assegura que todos os valores de PMC advieram exclusivamente das NFe enviadas pelo próprio contribuinte e emitidas por seus fornecedores, conforme constam dos arquivos anexos ao CD trazido pela fiscalização e do sistema SPED fiscal, do autuado; lembra que a defendente afirmou ter juntado vasta documentação que define o PMC pela CMED, mas nada veio aos autos neste sentido. Por fim, rebate ser abusiva a multa proposta de 60% e inadequada a taxa Selic, afirmando ter agido de acordo com o que determina a lei.

Pede a manutenção do lançamento de ofício.

Juntado, à fl. 50, uma cópia do espelhamento dos processos tributários que constam em nome da empresa autuada, documento já antes presente no PAF, nomeadamente à fl. 11, já de conhecimento do sujeito passivo.

Sorteado o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Entendo como satisfatórios, para formação do meu convencimento, os elementos instrutórios presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

VOTO

Cumpra apreciar, de começo, os aspectos formais do processo.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de extemporaneidade.

Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória é representante legal da autuada.

Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranho aos demais princípios

aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Cumpra logo salientar que não há necessidade de atender-se o contraditório, abrindo-se vista ao autuado para que este se manifeste sobre o documento juntado à fl. 50, trazido no informativo fiscal, na medida em que tal documento é uma cópia fiel, e de igual teor, daquele já apensado com o auto de infração, à fl. 11, de sorte que já teve o sujeito passivo ciência do seu conteúdo, exercendo a devida contradita, na oportunidade da impugnação.

Versa a cobrança sobre pagamento insuficiente de ICMS, devido por antecipação tributária, no momento da aquisição de mercadorias oriundas de outros entes federativos, sendo que, até 11.8.2017, teve a base de cálculo quantificada nos termos do Decreto nº 11.872/09.

Como questão preliminar, a impugnante vindicou a nulidade do lançamento de ofício por faltarem os requisitos essenciais para a validade da exigência tributária, tanto porque desprovido de discriminação clara da dívida, como também a descrição da infração foi sucinta e pouco específica, impossibilitando a identificação da suposta conduta ilícita.

Em verdade, não há dúvidas quanto ao reconhecimento da postulação fiscal. O Estado exige diferenças de imposto devido por antecipação total, após confrontar mensalmente o montante devido com o montante recolhido.

E acresceu à fundamentação o fato da base imponible ter sido computada nos termos do Decreto nº 11.872/09, até 11.8.2017, com redução percentual sobre ela incidente e, a partir daí, face à perda deste benefício, os cálculos consideraram apenas o PMC.

Na descrição fática contida no lançamento de ofício, há extenso detalhamento da suposta infração, esclarecendo sobremaneira do que se trata a postulação fiscal, chegando-se a estabelecer marcos temporais para aplicação da redução da base de cálculo prevista em decreto estadual.

O contribuinte, por sua vez, compreendeu perfeitamente do que se tratava a irregularidade. Tanto assim foi que ofereceu defesa consubstanciada, inclusive com citações doutrinárias e jurisprudenciais.

Neste espectro, possui o presente auto de infração os requisitos formais necessários para que seu mérito seja apreciado, tornando-se incabível o pedido de nulidade proposto, não se vendo guardada para aplicação dos arts. 18 e 39 do RPAF-BA, muito menos os precedentes administrativos federais e a doutrina dos publicistas carreados pela empresa.

Dentro do terreno de mérito, a primeira alegação defensiva reside na circunstância da auditoria ter apurado equivocadamente a base imponible, porquanto usou sistemática de cálculo diferente da estabelecida no regime especial previsto no Decreto nº 11872/09.

Entretanto, não apresentou, a autuada, memória de cálculo que ofertasse números e metodologias diferentes daqueles apresentados pela fiscalização. Limitou-se a defendente a juntar os documentos de representação legal para seu mandatário funcionar no processo.

Em sentido diametralmente oposto, cuidou o i. autuante de exibir memórias analíticas de cálculo em que se demonstra claramente a forma pela qual as diferenças de tributo foram encontradas.

Comparando-se as planilhas produzidas para 2017 com as de 2018, nota-se que, em ambas, há o registro de notas fiscais em que não se constatou recolhimento algum de ICMS, sendo que somente em junho de 2017 é que se vê a adoção do benefício da redução de 28,53% da base de cálculo devida por antecipação total, nos moldes do Decreto nº 11872/09, único mês em que ainda gozava o contribuinte do incentivo fiscal.

Dentro da planilha, a partir de novembro de 2017, observa-se que estão “zeradas” as colunas que cuidavam de calcular o percentual de redução da base imponible, visto que, já nesta época, o termo de acordo para usufruto do benefício houvera sido indeferido, conforme faz prova o espelho cadastral de processos tributários anexados à fl. 11, juntado novamente quando da informação fiscal, à fl. 50.

Anote-se que, a despeito do estabelecimento autuado ter tomado ciência da cassação do benefício

fiscal em 18.8.2017, e não em 11.8.2017, conforme se atesta às fls. 11 e 50, Parecer nº 23206/2017, Processo nº 14126720179, o erro de data em nada interfere na quantificação dos valores levantados pela auditoria, na medida em que a cobrança afetou junho de 2017, quando ainda vigorava o termo de acordo, e depois saltou para novembro do mesmo ano, sendo irrelevante saber em qual dia de agosto de 2017 se deu o prazo final para aplicar-se a redução, se no dia 11 ou 18.

Outrossim, não pode prevalecer a afirmativa de que os PMCs usados nos levantamentos fiscais discrepam daqueles apontados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), publicados em meios de comunicação como a revista da ABCFARMA ou o Guia da Farmácia.

Não trouxe, a defendente, um dado sequer que sustentasse sua afirmação. Não houve contestação específica em relação a quaisquer valores de PMC esboçados nas planilhas da auditoria. A argumentação defensiva caiu num vazio genérico, desprovido de elementos probatórios que consubstanciassem sua tese.

Por seu turno, falece razão ao contribuinte em dizer que o PMC não tem previsão legal.

Com efeito, o § 3º, do art. 8º da LC 87/96 – lei regradora das normas gerais do ICMS – estipula que, existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, poderá a lei respectiva considerá-lo como base de cálculo da operação mercantil.

A lei respectiva para a Bahia é a de nº 7014/96, cujo § 3º do art. 23 autoriza o regulamento do imposto substituir o montante praticado na operação, mais encargos e margem de valor agregado (MVA), pelo preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo industrial ou importador.

O Anexo 1 do regulamento baiano do ICMS traz, no item 32, a advertência de que a MVA só poderá ser usada quando não houver preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador.

E neste mesmo diploma, o inciso III, do § 10 do art. 289 reza que para medicamentos a base imponible será o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo industrial, quando houver.

E, por fim, a cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 – acordo que disciplina as operações interestaduais com medicamentos e outros produtos – determina que, na falta de tabela de preços sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor, a segunda alternativa será o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Veja-se, portanto, que a legislação regente da matéria gira em torno de autorizar o uso do preço máximo de venda a consumidor como base de cálculo para os medicamentos. Somente quando não houver o PMC é que se fará uso da MVA. Este foi o mecanismo de quantificação utilizado na auditoria.

A matéria, inclusive, não é nova para este Conselho. Já há remansoso entendimento na instância de segundo grau, conforme se verifica através dos Ac. CJF Nº 0215-12/18 e CJF Nº 0129-12/18, só para ficar em alguns pronunciamentos prolatados em 2018.

Acerca do último acórdão citado, vale transcrever sua ementa:

*“EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PRODUTOS FARMACÊUTICOS) DERIVADA DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO ICMS 76/94) REALIZADA POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL LOCALIZADO EM ESTADO SIGNATÁRIO DO REFERIDO ACORDO. ESTABELECIMENTO REMETENTE RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NAS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES NO ESTADO DA BAHIA. Restou comprovado que o estabelecimento remetente das mercadorias, inscrito neste Estado, é responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição, porém o fez em valor menor do que o devido. **É legal a aplicação do PMC na apuração da base de cálculo do imposto devido pelo contribuinte substituto conforme determinação contida na LC 87/96 e Convênio ICMS 76/94. Excluídas as operações referentes às mercadorias com preços liberados. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria**” (negritos da transcrição).*

Não é nova nem mesmo para a empresa autuada, que vem discutindo a legalidade do PMC em auditorias anteriores, consideradas subsistentes neste particular, conforme se vê do Acórdão JF Nº 0189-01/18.

Portanto, é de se rejeitar as alegações defensivas.

Duas questões subsidiárias ainda são levantadas pelo contribuinte: o caráter confiscatório da multa e a ilegalidade da taxa SELIC como índice remunerador dos juros moratórios.

Do mesmo jeito, improcedem tais alegações.

Quanto à inconstitucionalidade do percentual adotado na lei para apenar o contribuinte pelo cometimento da evasão fiscal sob estudo, não tem este Conselho de Fazenda competência para examinar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivo de lei, consoante preceitua o art. 167, I do RPAF-BA, tantas vezes invocados nos julgamentos administrativos.

Respeitante à taxa SELIC, importante anotar que o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), instituído pela Lei nº 3.956/81, expressamente prevê a aplicação da taxa SELIC no montante do crédito tributário, nomeadamente no art. 102, II, abaixo transcrito, sem falar que já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores ser referida taxa usada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários:

Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

(...)

§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

I - sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes 0,11% (onze décimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. § 3º A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II do § 2º deste artigo.

Em sendo assim, também não compete a este Colegiado verificar a legalidade ou ilegalidade de ato normativo oriundo de autoridade superior, nos moldes do art. 102, III do RPAF-BA:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Por todo o exposto, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269283.0008/19-6**, lavrado contra **D&A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$436.834,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR