

A. I. N° - 298579.0002/17-2
AUTUADA - ADVANCE BAHIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS EIRELI
AUTUANTE - HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2020

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0015-05/20

EMENTA: ICMS. MEDICAMENTOS. BASE DE CÁLCULO. PMC. Recolhimento a menor de imposto considerando que o contribuinte não considerou como base imponível os Preços Máximos ao Consumidor. Retificação dos valores inicialmente cobrados. Sujeito passivo não consegue rebater a exigência fiscal. Elementos comprobatórios mostram-se suficientes para consubstanciarem o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

De começo, cumpre salientar 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 sumulação dos pronunciamentos dos atores do processo.

Cobra-se imposto em razão do recolhimento a menor decorrente das aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, com enquadramento no art. 8º, II e §3º e art. 23, ambos da Lei nº 7014/96, c/c o art. 289 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei atrás mencionada.

O valor lançado é de R\$166.628,51 e diz respeito aos meses de abril, maio, junho, julho, agosto, outubro e dezembro, todos de 2012, mais janeiro, fevereiro, março, abril, julho, agosto e dezembro, todos de 2013.

Junta o preposto fiscal intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 06), resumo do ICMS-ST a recolher (fl. 07), mídia eletrônica contendo outros demonstrativos, incluso os analíticos e outros relacionados à antecipação parcial (fl. 08).

A linha da defesa (fls. 14/17) está assim pautada: a fiscalização inobservou que em relação aos produtos que possuam PMC, a empresa poderá recolher o imposto devido por substituição tributária nos termos do art. 1º, §1º, do Decreto nº 1182/2009; e com base no referido diploma normativo, a impugnante pode optar, quando lhe convier, pela forma simplificada, respeitando-se a alíquota constante no §2º; por fim, o autuante usou o preço máximo superior ao que está regulado pela Agência Nacional da Vigilância Sanitária.

Anexada à contestação mídia informatizada que contém demonstrativos do ICMS devido por substituição tributária.

Nas informações fiscais (fls. 29/30), admite-se para alguns casos que em algumas notas de aquisição os valores ali lançados de PMC destoam daqueles colhidos pela tabela da Associação Brasileira citada, pelo que procedeu à retificação dos montantes inicialmente lançados, de R\$166.628,50 para R\$107.698,70, em montantes históricos.

Como consequência disto, o auditor fiscal apresenta nova planilha do débito no próprio corpo das informações fiscais (fls. 30), pedindo que o contribuinte fosse reintimado para pronunciar-se acerca destes fatos novos, em respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Desta forma, dois novos elementos elucidativos foram apensados ao processo: 1) demonstrativo contendo os cálculos dos valores referentes ao ICMS-ST (ao qual se presume seja aquele apostado à fl. 30) e 2) planilha com os valores dos PMCs usados em cada item de nota fiscal.

A repartição fazendária de origem fez duas tentativas para intimar a autuada: a) a primeira através dos “correios”, sem sucesso, encartando **apenas** cópia das informações fiscais (fl. 34) e b) a segunda pelo sistema DTe (fl. 37), com reforço por e-mail (fl. 36), convocando a presença de preposto da empresa para retirada das informações fiscais.

Todavia, não se viu nos autos cópia da planilha a qual se referiu o autuante, seja impressa, seja em mídia eletrônica. Muito menos se viu, nas intimações ao contribuinte, alusão a esta mesma planilha. Tão-somente disponibilizou-se, para o contribuinte, cópia do informativo fiscal produzido.

Neste sentido, para evitar-se futuras alegações de nulidade de processo face inibição do contraditório e cerceamento do direito de defesa, foi o PAF convertido em diligência, contemplando as seguintes medidas:

“Por parte do AUTUANTE:

- *Anexar em mídia impressa e/ou eletrônica ao processo “os novos demonstrativos com cálculo dos valores referentes ao ICMS-ST” (sic.), se estes não forem aqueles já expostos à fl. 30.*
- *Anexar em mídia impressa e/ou eletrônica ao processo a “planilha inédita com os valores do PMC utilizados em cada item de nota fiscal” (sic.).*

Por parte do SETOR DE PREPARO da unidade de origem:

- *Depois de adotadas tais providências, deve o contribuinte ser intimado para manifestar-se no prazo regulamentar acerca das informações fiscais e dos demonstrativos referenciados nos itens anteriores, fornecendo-se-lhe cópia destes documentos em papel e/ou arquivo eletrônico”.*

Da parte do i. auditor fiscal, as providências foram tomadas, juntando-se inclusive nova mídia eletrônica com os demonstrativos e planilhas solicitados (fls. 43/54).

Da parte da empresa, apesar da intimação de fl. 55 ter sido encaminhada para um dos seus sócios, Sr. FRANCISCO DE ASSIS DA SILVA BRANDÃO, conforme A.R. de fl. 59, nenhum pronunciamento veio aos autos.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo.

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

É o relatório.

VOTO

Cumpre 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.

O presente Auto de Infração abrange o pagamento insuficiente de ICMS, devido por antecipação tributária, no momento da aquisição de mercadorias (medicamentos) oriundas de outros entes da Federação.

A resposta defensiva limitou-se a sustentar que a empresa poderá pagar o imposto de acordo com o art. 1º, §1º, do Decreto nº 11872/2009, valendo-se ainda, por opção, da forma simplificada prevista no §2º do mesmo dispositivo legal.

Ademais, acusa que o autuante usou PMCs superiores àqueles quantificados pela ANVISA, juntando inclusive demonstrativos para lastrearem sua irresignação.

No primeiro informativo fiscal, o i. autuante admite que nos levantamentos iniciais constaram valores de PMC que não correspondem aos publicados pela ABCFARMA, de modo que procedeu à retificação da exigência, remanescendo o tributo na cifra histórica de R\$107.698,70.

Desta retificação, teve acesso o contribuinte que, não obstante intimado com este objetivo, preferiu silenciar a respeito.

Efetivamente, não restam 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.

Cuidou a auditoria de exibir memórias analíticas de cálculo em que se demonstra claramente a forma pela qual as diferenças de tributo foram encontradas, posteriormente retificadas para corrigir valores de Preços Máximos ao Consumidor (PMC), dissonantes com os publicados pela ABCFARMA.

Por seu turno, frise-se que o PMC como base imponível tem previsão na lei.

Neste espeque, o §3º, do art. 8º da Lei Complementar nº 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 tributável pelo ICMS.

O diploma instituidor do ICMS na Bahia é a Lei 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.

Traz o Anexo 1 do regulamento baiano do ICMS (item 32), a regra 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 veículo normativo, o inciso III, do §10 do art. 289, estatui que para medicamentos, a base imponível será o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo industrial, se existente.

Em acréscimo, 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.

Logo, é clara a legislação que disciplina a matéria, ao 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 é abundantemente debatida neste Conselho. Já há pacífico 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 PROVÍDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria” (negritos da transcrição).

Por todo o exposto, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, considerando que a fiscalização cuidou de corrigir os valores iniciais, tendo em vista o fato de terem sido adotados inicialmente valores de PMC que não correspondiam aos oficializados pela ABCFARMA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298579.0002/17-2, lavrado contra **ADVANCE BAHIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$107.698,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR