

PROCESSO - A. I. Nº 276473.0018/20-4
RECORRENTE - IRMÃOS MATTAR & CIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0097-02/21
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C.J.F. Nº 0275-12/21-VD

EMENTA: ICMS: ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOR. Em relação à base de cálculo, para fins de antecipação do pagamento do ICMS na entrada da mercadoria (medicamento), deve ser adotado o preço sugerido pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente. Na falta deste preço, é utilizado o valor da operação, acrescido dos totais correspondentes a seguro, frete, carreto, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA). Indeferido o pedido de realização de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) Nº 0097-02/21, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 29/09/2020, para formalizar a constituição de crédito tributário na cifra de R\$ 580.753,73, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de recolhimento a menor do ICMS substituído por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural (janeiro a dezembro de 2016).

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 25/05/2021, decidindo pela Procedência por unanimidade, nos termos a seguir transcritos (fls. 64 a 73):

“VOTO

A presente demanda decorre do lançamento do crédito tributário que exige ICMS em função da apuração de diferença de imposto recolhido a menos, haja vista a acusação fiscal de que a Impugnante efetuou a menos o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, exigível em função de aquisições interestaduais de mercadorias para fins do exercício da atividade econômica correlata a de farmácia, drogaria ou casa de produto natural. A infração imputada teria ocorrido à vista da inobservância, no cálculo da antecipação tributária, dos PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) sugeridos pela ANVISA.

Inicialmente cabe enfrentar a arguição de nulidade do auto de infração que teve espeque na alegação de ausência de motivação do trabalho fiscal por haver entendido a defesa que lhe faltaria requisito essencial da motivação das circunstâncias de fato e de direito que deram azo à sua lavratura.

Em seu âmago o argumento defensivo acima se refere à alegação de que não fora apurado pela Autuante o efetivo valor de venda das mercadorias efetivado no varejo, tendo em vista, conforme destacou, que segundo decisão do STF em julgamento no Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, o contribuinte faz jus à restituição dos valores suportados a mais a título de ICMS/ST sempre que comercializar as mercadorias por valores inferiores à base de cálculo presumida, bem como que o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.519.034/RS, reconheceu a invalidade de exigências de diferenças de ICMS/ST sobre medicamentos, nas hipóteses em que o Fisco, de antemão, já tem ciência de que os preços praticados pelo contribuinte seriam inferiores à base de cálculo presumida.

Todavia, a despeito de reconhecer a veracidade das decisões acima delineadas, considero que o lançamento do crédito tributário em tela não padece de nulidade, pois a Autuante procedeu seu levantamento fiscal dentro das estritas letras da lei, e também por considerar que não foi trazida aos autos a efetiva comprovação de que as operações de saídas das mercadorias objeto da autuação foram realizadas com base de cálculo abaixo da

presumida, ou seja com preços abaixo dos Preços Máximos ao Consumidor sugeridos pelos fabricantes conforme constam da tabela da ABCFARMA.

Portanto, preliminarmente, afasto a arguição de nulidade pois verifico que o presente lançamento de crédito tributário está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a infração, a multa e suas respectivas bases legais, evidenciadas de acordo com a infração imputada e demonstrativos detalhados do débito, com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo.

Ainda em sede de preliminar, indefiro o pedido de diligência com esteio no art. 147 do RPAF, haja vista reputar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, e por entender que o RPAF não admite o deferimento de diligências com fins a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

No mérito a Impugnante repetiu os argumentos que embasaram o pedido de nulidade, e pelos mesmos motivos, não logrou êxito, pois nem mesmo trouxe aos autos elementos fáticos quanto aos efetivos preços de vendas praticados em suas operações de saídas de mercadorias, fato que fere de morte sua alegação, a vista dos arts. 140 a 143 do RPAF:

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

De maneira, que, reputo que as alegações defensivas não detêm musculatura jurídica ou fática para mitigarem a exação fiscal em tela, em primeiro porque este tribunal administrativo, tal qual a atividade de auditoria fiscal, tem sua competência vinculada a legislação posta, e por considerar, sobretudo, que o lançamento do presente crédito tributário trilhou sem desvios as linhas positivadas no ordenamento pátrio, ou seja: § 2º, do art. 23 da Lei 7.014/96, “tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido” e cláusula 2ª do CONVÊNIO ICMS 76/94 “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.”

Considerando também, que as decisões judiciais não alcançam objetivamente o Auto de Infração sob esta demanda.

Passando a tratar do tópico defensivo quanto à abusividade da multa, é mister pontuar que falece competência à essa esfera do contencioso administrativo exarar juízo de valor quanto a matéria legal ou constitucional que vá de encontro ao arcabouço da legislação tributária estadual, de maneira que não posso avaliar o pleito sobre a abusividade da multa sobretudo considerando que a infração não foi rechaçada e a tipificação da multa contida em instrumento de lei, se encontra perfeitamente subsumida do ilícito fiscal apurado.

Ademais, a possibilidade de dispensa ou redução de imposição de penalidade que se encontrava prevista no §8º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, foi revogada pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Destarte, voto pela procedência do presente auto de Infração”.

Nos termos do art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF/99), a sociedade empresária interpõe Recurso Voluntário às fls. 84 a 99, no qual inicia assinalando desenvolver a atividade econômica identificada pelo CNAE 47.71-7-01 – comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas, na posição de filial da sociedade empresária Irmãos Mattar & Cia Ltda. (Farmácia Indiana).

Após discurrir sobre os argumentos trazidos na impugnação e sobre o Acórdão contestado, aduz que este último não merece prevalecer, quer pela nulidade da autuação, quer pelo fato de praticar preços inferiores aos divulgados pela ANVISA.

Segundo alega, o Auto de Infração é nulo por falta de motivação, haja vista que o Fisco deixou de apurar os preços efetivamente praticados no varejo, o que seria providência indispensável para a constatação da existência de eventuais recolhimentos a menor.

Discorda do que decidiu a JJF, uma vez que caberia ao Estado, e não ao contribuinte, demonstrar a ocorrência dos fatos geradores. A Fiscalização jungiu ao trabalho de auditoria apenas as bases de cálculo que entendeu corretas, por medicamento, sem, no entanto, apurar os efetivos preços nas vendas para consumo final.

Com base na Teoria dos Motivos Determinantes e em recente Decisão do STF, no RE nº 593.849/MG, argumenta que, se dentro das operações de entrada autuadas existirem itens posteriormente vendidos a valores menores do que aqueles estatuídos na Tabela da ABCFARMA, faz jus à restituição das diferenças suportadas a título de substituição tributária, não tendo que complementar quantia alguma em favor do Erário.

Em caráter de eventualidade, homenageando a busca da verdade material, pugna pela conversão do feito em diligência, de modo que sejam apurados os preços no varejo.

No mérito, fundamentado no art. 13, I da LC (Lei Complementar) nº 87/96, diz que a Tabela da CMED/ABCFARMA divulga os preços máximos de comercialização de medicamentos, sendo certo que, no regime de mercado com concorrência, nada mais natural do que o recorrente praticar preços menores do que aqueles assim fixados.

Nessa trilha, conforme a Decisão adotada pelo STJ no REsp nº 1.519.034/RS, nos casos em que o ente tributante tenha pleno conhecimento de que os valores de venda no varejo são inferiores aos PMCs divulgados pela CMED/ABCFARMA, não se mostra válida a lavratura de autos de infração para exigir imposto com base em supostos pagamentos efetuados a menor.

À luz do precedente emanado do STF no julgamento do RE nº 593.849/MG, o contribuinte, e não o Fisco, é o titular do direito à restituição, entendimento que também vem sendo adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, de acordo com a transcrição de fls. 94/95 (Agravio de Instrumento no Processo nº 8027993-03.2019.8.05.0000).

Alega que a multa tem natureza de confisco, motivo pelo qual pugna por redução ou cancelamento, e encerra requerendo o provimento das razões recursais.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de fiscalização e da Decisão recorrida, pois a auditora e os julgadores expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveram a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º; RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados no apelo.

Nos termos do art. 167, I e III do RPAF/99, este órgão não tem competência para negar eficácia ou para exercer o controle de constitucionalidade do art. 23, §§ 2º e 3º da Lei nº 7.014/96, segundo os quais:

“§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Nas situações previstas em regulamento, em substituição ao disposto no inciso II do caput deste artigo, a base de cálculo para fins de substituição tributária será o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador”.

Não cabe ao Fisco estadual demonstrar como se compõe o PMC de cada medicamento, mas sim à CMED/ ANVISA, órgão regulador da atividade econômica desenvolvida pelo recorrente.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros desta Câmara estão presentes nos autos. Não se pode deferir pedido de diligência para analisar documentos cuja posse é do próprio contribuinte, que se quisesse comprovar a utilização de base de cálculo

inferior àquelas designadas no demonstrativo de fls. 9 a 27, já poderia ter comprovado (art. 147 do RPAF/99).

No mérito, cuida-se do recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos), provenientes de outras Unidades da Federação (transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade).

O recorrente informou que é pessoa jurídica de direito privado, filial da sociedade empresária Irmãos Mattar & Cia Ltda. (Farmácia Indiana), que possui por objeto social as atividades identificadas pelo CNAE 47.71-7-01, qual seja, o comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmula.

Em relação à base de cálculo, para fins de antecipação do pagamento do ICMS na entrada da mercadoria (medicamento), deve ser adotado o preço sugerido pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente. Na falta deste preço, é utilizado o valor da operação, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, carreto, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante, a margem de valor adicionado (MVA).

Tratam as operações fiscalizadas, de transferências entre as filiais dos Estados de Minas Gerais e Bahia, referentes a medicamentos de uso humano, com bases de cálculo inferiores às estatuídas por meio do PMC (CMED/ ANVISA), sujeitas à substituição tributária.

Alegou o contribuinte, que a Decisão contestada deve ser modificada, uma vez que os montantes adotados pelo Fisco como bases de cálculo, são sabidamente mais elevados do que os preços praticados nas vendas para consumidores finais. Entretanto, não citou, a título ilustrativo, tampouco juntou ao PAF cópia de qualquer DANFE (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica), ou cupom fiscal, no qual a base de cálculo utilizada fosse menor do que a lançada pela Fiscalização.

A auditora colacionou aos autos levantamento com os valores unitários usados em todas as operações fiscalizadas, extraídos dos documentos fiscais, os quais, multiplicados pelas respectivas unidades, resultaram em bases de cálculo inferiores àquelas previstas por intermédio do PMC (CMED/ ANVISA).

Relativamente à multa, conforme já se disse, este colegiado não tem competência para negar eficácia à norma emanada de autoridade superior, ou para exercer controle de constitucionalidade (art. 167, I e III do RPAF/99).

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **276473.0018/20-4**, lavrado contra **IRMÃOS MATTAR & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$580.753,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS