

PROCESSO	- A. I. N° 276473.0015/20-5
RECORRENTE	- IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0068-02/21-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 12/01/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0337-12/11-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARMÁCIAS E DROGRARIAS. RECOLHIMENTO A MENOS. A base de cálculo para fins de antecipação tributária, devida em função de aquisições interestaduais de mercadorias para fins do exercício da atividade econômica de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, é o PMC (Preços Máximos de Venda a Consumidor), sugeridos pelos fabricantes, constante da tabela da ABCFARMA. A garantia do direito à restituição do excesso, não inviabiliza a substituição tributária progressiva, já que tal sistemática atende ao interesse público de facilitar a fiscalização centralizada das operações praticadas pelo setor farmacêutico. Infração subsistente. Afastada a arguição de nulidade. Rejeitado o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão 2ª JJF N° 0068-02/21-VD, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$395.160,77, em razão de uma única infração, descrita da forma a seguir:

Infração 01 – 07.06.08 – recolhimento a menor de ICMS, substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente a aquisição de mercadorias. Referente ao período de janeiro a dezembro/2016.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 16/04/2021 (fls. 63 a 73) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“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 apuração 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 de farmácia, drogaria ou casa de produto natural. O qual teria ocorrido à vista da inobservância para o 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 faria 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 serão 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 não 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 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, repto que as alegações defensivas não detém 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 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, a julgar pelo teor reproduzido pela defesa, não alcançam objetivamente o Auto de Infração sob esta demanda, bem como que sequer pôde ser localizada, em pesquisa no site TJBA, a decisão que alegou a defesa disse ter obtido pelo julgamento realizado acerca do PROCESSO N.º 8027993-03.2019.8.05.0000, conforme pesquisa no TJBA.

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, 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.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 84 a 99, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Preliminarmente, alega nulidade do auto de infração por ausência de motivação, ao argumento de que a fiscalização deixou de apurar os preços efetivamente praticados pela Recorrente no varejo, o que seria providência indispensável para a apuração da existência de eventuais diferenças de recolhimento de ICMS/ST. Alega que o il. órgão julgador entendeu por bem rejeitar a tese. Afirma que, da leitura da decisão recorrida, verifica-se que os ilustres julgadores de origem adotaram o

entendimento de que o auto de infração teria sido elaborado dentro das estritas letras da lei, e que não teria sido trazida aos autos a efetiva comprovação de que as operações de saídas das mercadorias objeto da autuação teriam sido realizadas com base de cálculo abaixo da presumida.

Diverge, porém, do entendimento manifestado pelo acórdão recorrido, alegando que incorreu em equívoco ao mencionar que caberia ao contribuinte, e não ao Fisco, a efetiva comprovação de que as operações de saída teriam sido realizadas por preços inferiores àqueles divulgados pela CMED/ANVISA. Raciocina que, em primeiro lugar, compete ao Fisco, e não ao contribuinte, comprovar a efetiva ocorrência do fato gerador. Isso porque o lançamento é ato administrativo de natureza vinculada, sendo requisito essencial para sua validade a existência de motivação, o que, todavia, faltou ao trabalho fiscal, já que a fiscalização não se desincumbiu do ônus de examinar os preços efetivamente praticados pela Recorrente no varejo.

Alega que o trabalho fiscal ventila exigências de supostas “diferenças” no recolhimento de ICMS/ST sobre medicamentos pela Recorrente, diferenças estas que teriam sido apuradas com o confronto da base de cálculo utilizada pela empresa e os PMC’s definidos pela ANVISA. Não obstante, pondera que a fiscalização apenas juntou ao trabalho fiscal as bases de cálculo que entendeu corretas, por medicamento, sem, contudo, apurar o efetivo valor de venda das mercadorias pela Recorrente no varejo. Como se sabe, a substituição tributária nada mais é do que técnica de antecipação de arrecadação, sendo igualmente certo que, por força do que restou decidido pelo STF em julgamento ao Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, o contribuinte faz jus à restituição dos valores suportados a maior a título de ICMS/ST sempre que comercializar as mercadorias por valores inferiores à base de cálculo presumida. Argumenta que, se dentro das operações de entrada autuadas existirem mercadorias que tenham sido vendidas por valores inferiores aos PMC’s da ANVISA, a Recorrente não terá que complementar valor algum em favor do Fisco, podendo, até mesmo, fazer jus à restituição de diferenças suportadas a maior. Ou seja, em que pese se tratar de elemento fundamental para a aferição da existência ou não de diferenças a serem recolhidas em favor do Fisco, fato é que a questão foi simplesmente ignorada no trabalho fiscal, evidenciando, à margem de quaisquer dúvidas, a sua falta de fundamentação.

Alega que a fundamentação, como se sabe, é pressuposto de validade de todo e qualquer ato administrativo, na esteira da teoria dos motivos determinantes. Transcreve a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, em apoio aos seus argumentos.

Assim, por via de consequência, ao contrário do que entendeu o r. acórdão recorrido, entende que o caso é de reconhecimento da nulidade, por vício material, do auto de infração, o que espera e requer por meio do provimento do presente Recurso Voluntário.

Em caráter de eventualidade, homenageando-se o princípio da busca pela verdade material, o qual governa o processo administrativo fiscal, defende seja o feito baixado em diligência, para que a fiscalização tributária estadual apure os valores de venda no varejo pela Recorrente das mercadorias que foram autuadas, a fim de que comprove que não estaria exigindo diferenças de ICMS/ST calculadas sobre montante que exorbita os valores das operações de venda no varejo (base de cálculo definida pelo art. 13, I da LCP nº 87/1996).

No mérito, sustenta possuir direito à restituição do ICMS/ST na hipótese de venda de medicamentos por valores inferiores aos PMC’s, bem como a impossibilidade de lavratura de auto de infração quando a diferença de preços já é de conhecimento do fisco. Explica que o acórdão recorrido enunciou que a Recorrente não teria feito prova de que os preços por ela praticados são inferiores aos PMC’s e de que seria válida a utilização da Tabela CMED para fins de determinação da base de cálculo dos medicamentos para fins de substituição tributária.

Discorda, todavia, desse entendimento, pois entende que este ônus não é do contribuinte, mas sim do Fisco, a quem compete apurar a ocorrência do fato gerador. Argumenta que, não fosse suficiente, como reconhece a própria decisão recorrida, a Tabela da CMED divulga os preços máximos de comercialização de medicamentos, sendo certo que, no regime de concorrência no mercado, nada mais natural que a Recorrente pratique preços menores do que aqueles fixados pela ANVISA.

Como visto, cuida a hipótese presente de autuação fiscal por meio da qual se exigem diferenças de ICMS/ST, apuradas sobre medicamentos, ao fundamento de que a Recorrente não teria observados os PMC's divulgados pela ANVISA para efeito de quantificação da base de cálculo do ICMS/ST. Nesta linha, argumenta que o ICMS, ainda que cobrado sob a sistemática da substituição tributária progressiva, possui o aspecto quantitativo de sua hipótese de incidência limitado ao valor da operação, conforme consignado pelo art. 13, I da LC nº 87/1996, Cujo texto transcreve.

Raciocina que a questão assume inquestionável relevo para o caso concreto, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ao RE nº 593.849/MG, proferiu interpretação do disposto no art. 150, § 7º, da CF/1988, que estabelece o direito do contribuinte à restituição imediata e preferencial do imposto indevidamente recolhido a título de substituição tributária, para alcançar também as hipóteses em que o valor final de venda seja inferior à base de cálculo presumida. Transcreve a ementa do aresto citado.

Informa que, seguindo essa trilha, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.519.034/RS, enfrentou precisamente a controvérsia relativa à exigência de diferenças de ICMS/ST apuradas sobre medicamentos com base nos PMC's divulgados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão vinculado à ANVISA. Explica que, na ocasião, embora tenha sido reconhecida a legitimidade da CMED para definição de PMC's sobre medicamentos, o STJ se posicionou no sentido de que, nos casos em que o Fisco tenha pleno conhecimento de que os valores de venda no varejo são inferiores aos PMC's divulgados pela CMED, não se mostra válida a lavratura de autos de infração contra o contribuinte para lhe exigir pretensas diferenças de recolhimento, haja vista que, à luz do precedente obrigatório firmado pelo STF, no RE nº 593.849/MG, o contribuinte e não o Fisco é o titular do direito à restituição. Transcreve a ementa do julgado do STJ.

Frisa que o mesmo entendimento vem sendo adotado pelo Poder Judiciário Estadual em ações movidas pela rede de farmácias Indiana contra o Estado, como se verifica do aresto publicado em junho de 2020 (AGRADO DE INSTRUMENTO n. 8027993-03.2019.8.05.0000), cuja ementa transcreve.

Sendo assim, conclui que, à luz das razões aqui deduzidas, deve ser provido o presente recurso, a fim de que seja reformado o r. acórdão recorrido, desconstituindo-se as exigências fiscais vertidas no auto de infração.

Pede, por fim, o cancelamento ou redução da multa aplicada, em prestígio aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Transcreve jurisprudência em apoio aos seus argumentos.

Ex positis, por tudo quanto alegado e demonstrado, espera e requer a Recorrente o recebimento do presente recurso por ser cabível e tempestivo, nos termos legais, para que seja provido o recurso, a fim de determinar a reforma da decisão recorrida e o imediato cancelamento dos lançamentos consubstanciados no AI e de todas as exigências nele contidas, bem como a inexistência das relações jurídicas relativamente às alegadas exigências de ICMS, decretando-se definitivamente o cancelamento da autuação.

A título de eventualidade, quando menos seja reformada parcialmente a decisão recorrida, a fim de que: 1) seja o feito baixado em diligência, para que a fiscalização tributária estadual apure os valores de venda no varejo pela Recorrente das mercadorias que foram autuadas, a fim de que comprove que não estaria exigindo diferenças de ICMS/ST calculadas sobre montante que exorbita os valores das operações de venda no varejo (base de cálculo definida pelo art. 13, I da LCP nº 87/1996); 2) seja determinado o cancelamento ou, no mínimo, a substancial redução da multa aplicada, uma vez que atentatória aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não-confisco.

Termos em que, pede deferimento.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade do auto de infração por ausência de motivação,

não merece acolhida, pois, a descrição da conduta autuada foi clara ao referir-se à insuficiência do recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, tendo informado que “*efetuou o recolhimento a menor do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente a aquisição de mercadoria*”.

Ademais, o lançamento tributário não se restringe ao formulário SLCT, mas se perfaz com todos os demonstrativos de débito e papéis de trabalho acostados ao PAF.

De fato, à folha 05, consta o “DEMONSTRATIVO 1.2 – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA – ENTRADAS”, com resumos mensais de débito e créditos, cujo subtítulo explicita que se trata de “*PAGAMENTO A MENOR DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA EM OPERAÇÕES DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO, ...*”.

À folha seguinte, 06, consta extrato de todos os pagamentos realizadas pelas empresas (extraídos do Sistemas INC E SIGAT), e considerados no levantamento fiscal.

Por fim, às folhas 07/24, constam algumas folhas do relatório analítico das operações autuadas (cópia em mídia digital à folha 26), onde são identificadas cada uma das notas consideradas no levantamento fiscal, com as demais informações extraídas, necessárias para o dimensionamento da base de cálculo das operações.

Assim, entendo que o presente lançamento tributário se encontra adequadamente motivado, inexistindo motivos para o acolhimento da alegação de nulidade, que fica assim rejeitada.

Quanto ao pedido de diligência, denego, por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da convicção dos julgadores.

No mérito, como já dito, a conduta autuada foi descrita como “*efetuou o recolhimento a menor do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente a aquisição de mercadoria*”. Trata-se de exigência de ICMS-ST antecipação tributária, por força de aquisições de mercadorias submetidas a tal regime, com o escopo de comercialização, conforme esclarece a peça inaugural do lançamento.

O Sujeito Passivo não nega a prática das operações descritas no lançamento fiscal. Alega, todavia, que as mercadorias foram revendidas por preço inferior ao PMC, parâmetro utilizado para apuração do *quantum debeatur*. Sustenta a impossibilidade de lavratura de auto de infração quando a diferença de preços já é de conhecimento do fisco, e alega direito à restituição de valores, na hipótese de efetuar o recolhimento ora exigido.

Pede, ainda, redução/cancelamento da multa aplicada.

Inicialmente, convém explicitar a montagem do microssistema do ICMS, particularmente, no enlace das normas que incidem sobre as operações autuadas, com vistas a evidenciar a obrigação tributária que exsurge dos fatos ora narrados.

É importante frisar, que a base de cálculo prevista para a apuração do ICMS-ST nas aquisições feitas por farmácias e drogarias, deve basear-se no preço final ao consumidor, sugerido pelo fabricante, conforme estabelece o § 3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c o inciso II do mesmo dispositivo legal, abaixo reproduzidos:

“Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

.....
II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

...
§ 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** (grifo acrescido).

...”

Autorizado pela lei acima, o RICMS/12 passou a prever que a base de cálculo será apurada com base na MVA (para as vendas destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos), e com base no preço máximo de venda sugerido pelo fabricante (para as vendas destinadas aos outros

contribuintes), conforme § 12 do art. 289, cujo texto reproduzo abaixo (redação então vigente):

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

...
“§ 12. Nas operações com medicamentos, realizadas por contribuintes atacadistas que efetuam, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser utilizada a MVA prevista no Anexo 1 para apuração da base de cálculo da antecipação tributária sendo que, em relação às vendas não destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se, como base de cálculo, o preço sugerido pelo fabricante ou importador.

...”

O Convênio ICMS 76/94 trouxe regra nesse mesmo sentido, conforme a seguir:

“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 acrescidos).

Ora, considerando que não existe mais tabelamento de preços para os medicamentos, a regra que se impõe é a apuração da base de cálculo a partir do preço máximo de venda ao consumidor. E não se diga que o uso do PMC equivale à pauta fiscal, pois se constitui em um parâmetro do mercado, fixado em acordo com entidades de classe dos comerciantes, em sintonia plena com os preços praticados nas operações comerciais do setor farmacêutico.

Assim, uma vez provada a aquisição de mercadorias para comercialização por parte dos estabelecimentos farmacêuticos, impõe-se o recolhimento do ICMS-ST, obrigação tributária que decorre da legislação posta, a qual não pode ser afastada pelo poder judiciário, já que se encontra jungido à lei, salvo hipótese de desconformidade com a Constituição Federal, do que não se cogita no presente caso.

Esse é o entendimento que vem sendo adotado nessa corte, conforme se pode depreender da leitura do Acórdão nº 0127-12.17, da lavra da 2ª CJF, cujo voto vencedor foi redigido pela Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa, em trecho abaixo reproduzido:

“Em consequência de todo o exposto, deve ser afastado o pedido do recorrente para que se declare a nulidade do lançamento de ofício, por restar patente que a Tabela da ABCFARMA nada mais é do que a publicação dos preços de venda a consumidor final sugeridos pelos próprios fabricantes dos medicamentos e não uma responsabilidade da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, não se revestindo, tais preços, da condição de pautas fiscais, como alegado no pleito recursal.”

A jurisprudência do CONSEF é farta nessa direção, conforme Acórdãos CJF nºs 0437-11/08, 0293-11/09, 0199-11/09, 0129-12/09, 0056-11/09, 0443-12/10, 0208-11/11 e 0135-11/11.

É evidente, que uma vez recolhido o imposto, conforme prevê a legislação, poderá o Sujeito Passivo pleitear, efetivamente, a restituição do montante do preço praticado que venha a se revelar inferior àquele utilizado como base para a antecipação tributária, proporcionalmente.

Não pode, todavia, furtar-se ao adimplemento do tributo devido por força das aquisições que fizer, pois instituído por lei e associado às vendas posteriores que regularmente realiza, já que se trata de obrigação a todos imposta.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que assim se posicionou no julgamento do RE nº 593.849/MG, conforme ementa abaixo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851.

1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva (grifo

acrescido), à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.
...”

De fato, como ressalta o aresto transcrito, a garantia do direito à restituição do excesso, não inviabiliza a substituição tributária progressiva, já que tal sistemática atende ao interesse público de facilitar a fiscalização centralizada das operações praticadas pelo setor farmacêutico.

Assim, entendo que sem prejuízo de eventual direito à restituição do excesso (desde que prove a realização de operações com preços inferiores aos antecipados), o Sujeito Passivo está obrigado a antecipar o ICMS nas aquisições oriundas de Minas Gerais, em face da denúncia do Convênio ICMS 76/94, por parte daquela Unidade Federada, cabendo razão ao fisco.

Quanto ao pleito de restituição, como já dito, tal decorre não somente do prévio recolhimento, mas também, e principalmente, da prova (a ser feita pelo contribuinte), da prática de preços inferiores àqueles antecipados.

Assim, diferentemente do que alega a empresa, cabe ao Sujeito Passivo o ônus processual de evidenciar o recolhimento excessivo, tarefa da qual deverá se desincumbir em petição a ser dirigida ao órgão administrativo competente para apreciação da matéria, nos termos do art. 79 do RPAF/99, abaixo transcrito:

“Art. 79. São competentes para apreciar o pedido de restituição:

I - em caso de devolução de ICMS, ITD, IPVA, Contribuição de Melhoria e Taxa na área do Poder Executivo:

- a) no âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos;*
- b) no âmbito da DAT Norte e DAT Sul, os titulares das Inspetorias;*

II - o Procurador Geral do Estado, em caso de devolução de taxas de prestação de serviços na área do Poder Judiciário.

§ 1º Os pedidos de restituição de ICMS relativos às operações com combustíveis e lubrificantes serão apreciados pelo titular da Gerência de Fiscalização - GEFIS, da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis - COPEC.

§ 2º Nos pedidos de restituição de taxas no âmbito do DETRAN, o processo deve ser encaminhado àquele órgão para prestar informações quanto ao recolhimento indevido da taxa pelo contribuinte.”

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa, denego, pois se trata de descumprimento de obrigação principal, hipótese em que falece competência a este órgão julgador.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao 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 276473.0015/20-5, lavrado contra a empresa IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 395.160,77, 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, 04 de novembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS