

PROCESSO	- A. I. N° 276473.0016/20-1
RECORRENTE	- IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0213-06/21-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 23/02/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0382-12/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARMÁCIAS E DROGARIAS. 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, são os PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor), sugeridos pelos fabricantes, constante da tabela da ABCFARMA. Infração subsistente. Afastada a arguição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Negado o pedido de redução da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo nos termos no art. 169, inc. I, alínea “b” do RPAF/99, em razão da decisão proferida pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF nº 0213-06/21-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2020, para exigir o ICMS valor histórico de R\$ 284.144,13, acrescido de multa de 60%, tendo em vista a infração a seguir transcrita:

Infração 01 – 07.06.08 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente a aquisição de mercadorias.

Notificada do lançamento em 04/08/2020, a autuada apresentou impugnação, fls. 30 a 43, a autuante prestou a informação às fls. 51 a 57 e após procedida a instrução processual os autos foram remetidos à apreciação da 6ª JJF que, em regular sessão, julgou Procedente o Auto de Infração, fls. 63 a 72, fundamentado nos termos a seguir transcritos.

VOTO

A presente demanda decorre do lançamento do crédito tributário que exige ICMS em função da acusação de haver diferença de imposto a reclamar, 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 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 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, realizadas 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 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, repto que as alegações defensivas não detém musculatura jurídica ou fática para mitigarem a exação fiscal em tela, sobretudo, porque este tribunal administrativo, tal qual a atividade de auditoria fiscal, tem sua competência vinculada a legislação posta, e considerando 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 ao 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.", repto não haver mácula no lançamento de crédito tributário em questão.

Cabe também o registro de que as decisões judiciais não alcançam objetivamente o Auto de Infração sob esta demanda, haja vista que versam sobre verificação fática de que os preços praticados no varejo foram inferiores ao constante da tabela da ABCFARMA, elemento probante que não se encontra nestes autos.

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 o resultado do julgamento pela Procedência do Auto de Infração, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário, fls. 82 a 97, onde inicialmente afirma ser tempestivo, conforme o art. 171 do RPAF/99, reproduzido.

Identifica-se como pessoa jurídica de direito privado, filial da sociedade empresária - FARMÁCIA INDIANA, que possui por objeto social a atividade de comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas e se diz surpreendida com a lavratura do Auto de Infração que lhe imputou o suposto recolhimento a menos de ICMS, apurado sob a sistemática da substituição tributária, relativamente aos medicamentos, referente a 2016, que atualizado, perfaz o

total de R\$284.144,13.

Pontua que a acusação se fundamentou no pretenso recolhimento a menos do ICMS devido a título de substituição tributária sobre medicamentos, em razão de ter inobservado os PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA A CONSUMIDOR – PMC, coletados junto à ANVISA.

Fazendo um breve relato das razões de defesa repisando os argumentos, e referindo-se ao julgamento de primeira instância, diz que os julgadores afastaram a preliminar de nulidade do feito sob o entendimento de que o lançamento estaria revestido das formalidades exigidas na legislação.

Quanto ao mérito, afirma que a junta se pronunciou no sentido de que lhe caberia a prova de que teria praticado preços inferiores ao da pauta fiscal e que a utilização dos preços da CMED-ANVISA seria válida.

Defende ser necessário a reforma do acórdão recorrido, a fim de que seja cancelada a exigência fiscal, quer seja pela nulidade do Auto de Infração, quer seja pelo fato de que pratica preços inferiores aos divulgados pela ANVISA, o que, à luz da jurisprudência pátria, torna inexigível o crédito tributário lançado.

Renova a arguição de nulidade do lançamento por ausência de motivação, haja vista que a fiscalização deixou de apurar os preços efetivamente praticados no varejo, o que seria providência indispensável para a apuração da existência de eventuais diferenças de recolhimento de ICMS-ST, que o órgão julgador rejeitou com base no entendimento de que o Auto de Infração teria sido elaborado observado a lei, e que não teria trazido aos autos a efetiva comprovação de que as operações de saídas das mercadorias, teriam sido realizadas com base de cálculo abaixo da presumida.

Diz que o acórdão recorrido incorreu em equívoco ao mencionar que lhe caberia, e não ao Fisco, a efetiva comprovação de que as operações de saída teriam sido realizadas por preços inferiores àqueles divulgados pela CMED/ANVISA.

Defende que compete ao Fisco, e não ao contribuinte, comprovar a efetiva ocorrência do fato gerador, uma vez que 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 que efetivamente pratica no varejo.

Destaca que o trabalho fiscal exige supostas diferenças no recolhimento de ICMS-ST sobre medicamentos, que teriam sido apuradas do confronto da base de cálculo utilizada e os PMC's definidos pela ANVISA, sendo que a fiscalização apenas considerou as bases de cálculo que entendeu corretas, sem, contudo, apurar o efetivo valor de venda no varejo.

Ensina que a substituição tributária é uma 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.

Pondera que se dentro das operações de entrada autuadas existirem mercadorias que tenham sido vendidas por valores inferiores aos PMC's da ANVISA, não terá que complementar valor algum em favor do Fisco, podendo, até mesmo, fazer jus à restituição de diferenças suportadas a maior, questão que foi ignorada no trabalho fiscal, evidenciando, à margem de quaisquer dúvidas, a sua falta de fundamentação que se constitui pressuposto de validade de todo e qualquer ato administrativo, na esteira da teoria dos motivos determinantes, transcrevendo lição de José dos Santos Carvalho Filho.

Conclui que contrariamente do que entendeu o acórdão recorrido, 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.

Complementa que na eventualidade, com base no princípio da busca pela verdade material, é imperioso que seja o feito convertido em diligência, para que a fiscalização apure os valores de venda no varejo das mercadorias que foram autuadas, a fim de que se comprove que não estaria exigindo diferenças de ICMS-ST calculadas sobre o montante que exorbita os valores das operações de venda no varejo, base de cálculo definida pelo art. 13, inc. I da Lei Complementar nº 87/96.

Aponta que a Tabela da CMED divulga os preços máximos de comercialização de medicamentos, conforme reconhece a própria decisão recorrida, sendo certo que no regime de concorrência no mercado, nada mais natural que a Recorrente pratique preços menores do que aqueles fixados pela ANVISA.

Lembra que se exige diferenças de ICMS-ST, sobre medicamentos, com fundamento de que a Recorrente não teria observados os PMC's para efeito de quantificação da base de cálculo do ICMS-ST, 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 no art. 13, inc. I da Lei Complementar nº 87/96, transcrito.

Salienta que a questão é relevante para o caso concreto, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ao RE nº 593.849/MG, ementa reproduzida, proferiu interpretação do disposto no art. 150, § 7º da Constituição Federal, 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 a base de cálculo presumida.

Ressalta que nessa trilha, o Superior Tribunal de Justiça, no 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.

Conta 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, cuja ementa do REsp 1.519.034/RS, reproduz, que contempla o entendimento que vem sendo adotado pelo Poder Judiciário Estadual em ações movidas pela rede de Farmácias Indiana contra o estado, como se verifica no julgamento do Agravo de Instrumento - Processo nº 8027993-03.2019.8.05.0000.

Conclui que à luz das razões deduzidas, deve ser provido o presente recurso, a fim de que seja reformado o acórdão, desconstituindo-se as exigências fiscais contidas no Auto de Infração.

Argui o caráter confiscatório da multa aplicada, sobre o qual o órgão julgador não apreciou afirmando que não deteria competência para a análise, já que não poderia emitir juízo de valor quanto à legalidade ou constitucionalidade de dispositivo de lei.

Pondera ser poder-dever da Administração Pública a revisão dos seus atos quando dotados de ilegalidade ou constitucionalidade, tal qual consagra da SÚMULA nº 473 do STF, assim, impõe-se que o órgão julgador se pronuncie sobre a matéria relacionada à abusividade da multa aplicada capitulada no art. 42, inc. II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96, em 60%, percentual que entende desafiar os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade ao contrário do que considerou o acórdão recorrido.

Transcreve lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre as multas nos patamares em que previstas, representam afronta aos preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade e revelam caráter confiscatório, em manifesta afronta ao que dispõe o art. 150, inc. IV da Constituição Federal, assim como já manifestaram as Cortes Superiores de Justiça, conforme trechos de acórdãos transcritos.

Frisa ser evidente, pois, que a aplicação da referida multa não observou os princípios da

razoabilidade e da proporcionalidade, sendo por demais excessiva.

Salienta que a Constituição da República, no seu art. 150, inc. IV, e o Código Tributário Nacional, no seu art. 3º, c/c art. 113, § 3º, vedam a confiscatoriedade dos tributos, para resguardar o patrimônio dos contribuintes de medidas arrecadatórias agressivas e excessivas que pudessem vir a ser empregadas pelo ente tributante.

Acrescentam que não houve o descumprimento de obrigações acessórias por sua parte, tanto que o lançamento se fundamentou não em falta de recolhimento de tributo, mas da discordância da Administração Fazendária quanto à base de cálculo que seria aplicável. Neste passo, como as penalidades pecuniárias integram o patrimônio estatal sob a forma de receita e representam uma maneira indireta de arrecadação tributária, a estas também é vedada a confiscatoriedade e não só aos tributos em espécie.

Afirma ser fato que a multa lhe imputada representa violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e do não confisco, sendo, portanto, correto o cancelamento da mesma ou, quando menos, a sua redução, se, por absurdo, forem mantidas as obrigações principais.

Requer 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 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 necessária, seja reformada parcialmente a decisão recorrida, a fim de que: *(i)* seja o feito convertido em diligência, para que a fiscalização apure os valores de venda no varejo 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; *(ii)* 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.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão JJF nº 0213-06/21-VD, onde a 6ª JJF, por unanimidade, julgou Procedente o presente Auto de Infração.

Preliminarmente, a Recorrente da mesma forma que procedeu na sua impugnação, arguiu nulidade do lançamento, sob a justificativa de ausência de motivação do trabalho fiscal, e que lhe faltaria requisito essencial da motivação das circunstâncias de fato e de direito que deram azo à sua lavratura.

Alega ainda, em defesa da pretensa nulidade, o fato de entender que não fora apurado pela fiscalização o efetivo valor de venda das mercadorias no varejo.

Sobre o tema preço de venda no varejo, considera o fato de que as mercadorias arroladas no levantamento são medicamentos, e como tal, estão sujeitos ao regime de substituição tributária, devendo o ICMS-ST ser recolhido antecipadamente, sob o prisma do fato gerador presumido.

Nessa senda, traz à discussão julgados em tribunais superiores sobre a matéria.

Quanto à preliminar de nulidade, contrariamente ao entendimento da Recorrente verifico que a autuante, ao descrever a infração, relata que o contribuinte promoveu o recolhimento a menos do imposto por antecipação tributária, tendo juntado aos autos os demonstrativos analítico e sintético, e relação de todas as notas fiscais relativas às entradas interestaduais de mercadorias no estabelecimento da autuada, motivo da exação.

Consta nos autos a demonstração de como foi apurado o débito, assim como foram precisamente

indicados os dispositivos da legislação de regência tidos como infringidos, de forma que os elementos citados evidenciam a motivação para que o fisco promovesse, como fez, o lançamento de ofício.

Ademais, a autuante expõe de forma enfática as justificativas e razões que deram origem ao ato administrativo.

Quanto ao segundo argumento, de que a fiscalização deixou de apurar os preços efetivamente praticados no varejo, o que seria providênciia indispensável para a apuração da existência de eventuais diferenças de recolhimento de ICMS-ST, não procede, uma vez que com a implantação do SPED-Fiscal que engloba a Escrituração Fiscal Digital – EFD e a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, é de pleno conhecimento dos órgãos fiscalizadores, portanto, todas as operações de entradas e saídas de mercadorias e dos registros fiscais dos contribuintes. Os preços praticados, quer sejam de aquisição ou de vendas de quaisquer mercadorias, é sim de conhecimento da fiscalização, cujos dados e registros serviram de base para elaboração dos levantamentos, e consequentemente a quantificação do *quantum* recolhido a menos.

Pelo exposto, afasto a nulidade suscitada.

Indefiro o pedido de realização de diligência, por entender que os elementos constantes nos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo, consoante art. 147 inc. I alíneas “a” e “b” do RPAF/99.

Ademais, se deferida fosse, a diligência se destinaria 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, o que não ocorreu.

Noutra arguição, a Recorrente aduz que o acórdão incorreu em equívoco, ao mencionar que lhe caberia, e não ao Fisco, a efetiva comprovação de que as operações de saídas teriam sido realizadas por preços inferiores àqueles divulgados pela CMED/ANVISA.

Trata-se de tema exaustivamente discutido no âmbito dos processos administrativos tributários, a quem se atribui o ônus de provar.

Fato é que a convicção do julgador provém dos elementos probantes carreados aos autos pelas partes, portanto, as provas se constituem em elementos indispensáveis nas lides tributárias, para a formação da convicção do julgador, e permitir a solução da controvérsia de existência ou não do fato jurídico.

Por outro lado, é inegável a subordinação dos atos administrativos ao princípio da presunção de legitimidade, que costuma justificar em muitos casos a inversão do ônus da prova, recaindo em maior carga ao contribuinte, principalmente no campo do contencioso administrativo tributário.

Os princípios da estrita legalidade e da tipicidade cerrada, são, sem sombra de dúvidas, as âncoras do Direito Tributário, que impõem observar que a obrigação tributária do contribuinte tem por origem a constatação no mundo fático de uma conduta tipificada na lei. Estes princípios garantem a segurança jurídica aos contribuintes, uma vez que somente sob determinação legal os tributos podem ser exigidos, assegurando a desejada e necessária estabilidade e segurança nas relações entre o sujeito ativo e o passivo das obrigações tributárias.

Portanto, nessa conjuntura, torna-se de grande relevância a prova, vez que sem ela não existe fundamentação para a aplicação normativa, e consequente constituição do fato jurídico tributário, que viabiliza o nascimento da exigência fiscal, não bastando a simples observância às regras formais que permitem a realização do ato administrativo, mas, principalmente, a demonstração da materialidade do fato.

Incumbe ao sujeito do processo, comprovar os fatos por ele alegados, sob pena de restar frustrada a pretendida aplicação do direito material, senão realizada, uma vez que a autoridade fiscal, ao constituir o crédito tributário, o fez com base nos dados existentes, registrados, transmitidos e informados pelo próprio contribuinte através do SPED-Fiscal, portanto, de seu inteiro conhecimento.

Ressalto, que o princípio da presunção de legitimidade atribuída aos atos administrativos não dispensa a Administração de provar os fatos que fundamentam e evidenciam a existência do crédito tributário, uma vez que este princípio somente atribui tal legitimidade de veracidade, até que seja provado o contrário.

No caso em análise, a acusação tem origem nas evidências e registros verificados junto à Escrituração Fiscal Digital - EFD do contribuinte, que evidenciou, depois de aplicado o adequado roteiro de auditoria, o recolhimento a menos do ICMS-ST devido por antecipação tributária e exigível em função de entradas de mercadorias para fins de comercialização, o qual teria ocorrido à vista da inobservância para o cálculo do imposto dos Preços Máximos de Venda a Consumidor - PMC's, sugeridos pela ANVISA.

Portanto, são fatos cuja ocorrência restou constatada nos próprios registros fiscais do contribuinte na sua EFD, registros por ele elaborados e transmitidos ao fisco através do SPED-Fiscal, constituindo-se em fatos contra os quais o contribuinte não pode negar a sua existência.

Logo, não acolho o argumento da Recorrente de que a fiscalização se omitiu em sua tarefa de provar a acusação, sendo imperativo para a sustentação de seus argumentos, apresentar provas que desconstitua a pretensão fiscal. Tal exigência não pode ser confundida com a necessidade da fiscalização em provar a infração, que ao seu entender, declinou dessas tarefas no presente lançamento.

Nesse aspecto, constato que a Recorrente não trouxe aos autos elementos fáticos quanto aos efetivos preços de vendas praticados em suas operações de saídas de mercadorias, o que sepulta sua alegação, a vista dos artigos 140 a 143 do RPAF/99.

Assim sendo, as alegações recursais, diga-se, já devidamente combatidas no julgamento de primeira instância, não se mostram suficientes para afastar a exação fiscal, em razão de ter sido comprovado pela fiscalização que houve ofensa ao previsto no § 2º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

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

§ 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.

Também restou provada a infringência à Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, que 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.

Da leitura dos dispositivos transcritos, vê-se que na base de cálculo para fins de antecipação do pagamento do ICMS na entrada da mercadoria, no caso de medicamentos, 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 arroladas no levantamento de transferências entre as filiais estabelecidas em Minas Gerais e Bahia, (CFOP 2.409 - Transferência para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), de medicamentos de uso humano, com bases de cálculo inferiores às estatuídas por meio do PMC fixado pela CMED/ANVISA, sujeitas à substituição tributária.

Por todo o exposto, o Auto de Infração obedeceu a todos os requisitos formais, e exige o ICMS-ST recolhido a menos nas operações com medicamentos, fartamente comprovadas.

Na abordagem do mérito, a Recorrente traz em seu socorro o julgamento pelo STF do RE nº

593.849/MG, que interpretando o disposto no art. 150, § 7º da Constituição Federal, estabeleceu 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.

Ressalta ainda que o Superior Tribunal de Justiça, no 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 CMED, órgão vinculado à ANVISA.

Efetivamente, o STF decidiu, sob a sistemática da Repercussão Geral, que os contribuintes possuem o direito à restituição do valor de imposto pago a mais, na hipótese de o preço real de venda ser inferior àquele utilizado para calcular o ICMS devido por substituição tributária, entretanto, quanto ao direito à restituição, não cabe a este Conselho de Fazenda a sua análise, devendo ser objeto de pedido de restituição, se assim desejar, a ser formalizado através de processo administrativo apartado deste, junto à unidade Fazendária de sua circunscrição fiscal, observando a disposição do art. 74 do RPAF/99.

A matéria ora apreciada não é nova neste CONSEF. Em verdade, trata-se de repetidos julgamentos em análise de processos administrativos decorrentes de autuações sobre ocorrências idênticas, sendo a Recorrente parte de várias ações sobre essa matéria.

Nesse sentido, ressalto que o CONSEF já consolidou farta jurisprudência na direção de serem procedentes os Autos de Infração, conforme Acórdãos CJF números 0443-12/10, 0208-11/11, 0135-11/11, 0124-12/17, 0047-11/21-VD e 0093-11/21-VD, só para citar alguns.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa, lembro que este foro de julgamento administrativo não tem competência para apreciar constitucionalidades, conforme determina o art. 167 inc. I do RPAF/99.

Contudo, frente ao argumento recursivo de que a JJF não discutiu a questão sob a justificativa de não ter competência para tal, não obstante verdadeira, friso, que no caso concreto, a multa aplicada de 60%, no entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, não caracteriza confiscatoriedade, abusividade ou inconstitucionalidade.

Quanto ao aspecto da legalidade, não há o que se contestar, pois a autoridade fiscal, no momento do lançamento, em observância especialmente ao art. 142 do CTN, ao propor uma penalidade, deve aplicar os percentuais previstos na lei, o que foi observado neste lançamento, posto que a multa proposta está prevista no art. 42 inc. II alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

Para encerrar qualquer discussão sobre o tema, trago à luz duas decisões do STF, onde a 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 833.106/GO, assim decidiu:

"TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral".

Na decisão, o Ministro Relator Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

"A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais".

Noutro julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.092.673/GO, julgado pela 2ª Turma do STF, em 26/10/2018, assim se posicionou:

“...O Ministro Luiz Fux, Relator do RG GE 736.090-SC, em sua manifestação no Plenário Virtual, consignou o seguinte:

‘(...) Discute-se, na espécie, a razoabilidade da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição não paga, não recolhida, não declarada ou declarada de forma inexata (atual § 1º c/c o inciso I do caput do artigo 44 da Lei federal nº 9.430/1996), tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório na seara tributária’.

7. Quanto ao mérito, a pretensão recursal não merece prosperar. Tal como constatou a decisão agravada, em relação ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas multas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.

8. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, ‘embora haja dificuldade, como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, para se fixar o que se entende como multa abusiva, constatamos que as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal’ (ADI 551, Rel. Min. Ilmar Galvão). Nesse sentido, confirmaram-se os julgados:

‘TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral’. (RE 833.106- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio).

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.

II A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.

III Agravo regimental improvido’. (RE 748.257-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)”.

Indefiro o pedido de redução da multa, uma vez que a penalidade proposta decorreu de descumprimento de obrigação principal, hipótese em que falece competência a este órgão julgador a apreciação, sendo que o § 7º do art. 42, que previa a possibilidade de redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias pelo órgão julgador administrativo, foi revogado pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019.

Diante 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 276473.0016/20-1, lavrado contra IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 284.144,13, 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, 07 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS