

A. I. N° - 284119.0003/23-4
AUTUADO - MSR FARMA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JURACI LEITE NEVES JÚNIOR
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/09/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0183-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Sem objetivamente indicar equívocos nos dados e/ou cálculo do levantamento fiscal, apenas dizendo que revisando “seus controles e escrita fiscal”, alegando apenas que a base de cálculo utilizada na autuação foi maior que o preço de venda, contrariando o entendimento do STF no RE 593.849, a Impugnante não elide o cometimento da infração. Indeferido pedido de diligência. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 17/03/2023, o Auto de Infração exige crédito tributário de R\$ 283.266,86, em razão da seguinte infração:

077.001.002. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Valor: R\$ 283.266,86. Período: fevereiro, abril, junho, agosto a dezembro 2018, janeiro a junho, agosto a novembro 2019. Enquadramento legal: Arts. 8º, II e § 3º, 23, da Lei 7014/96 c/c art. 289, do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “d” da Lei 7014/96.

O autuado impugna o Auto de Infração às fls. 35-42. Após tratar da tempestividade e resumir os fatos, argumenta:

DO MÉRITO. ICMS CALCULADO CONSIDERANDO O VALOR DE VENDA. IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. RISCO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO.

Afirma não ser correta a tributação sobre valores que não correspondam à base de cálculo que o Autuado apontou, sob pena de nulidade e enriquecimento sem causa. Nota que o Autuante não observou que a base de cálculo utilizada na autuação foi maior que o preço de venda, desconsiderando o valor da operação.

Reproduzindo excertos de doutrina, diz que a Substituição Tributária foi criada para concentrar a fiscalização nos poucos fabricantes quando determinadas mercadorias tinham preços tabelados, como é o caso de medicamentos.

Fala que a formação do preço de venda envolve variáveis a serem consideradas no custo e o impacto do ICMS é uma realidade a ser considerada na formação do preço de venda. Aduz que a Impugnante está enquadrada no regime de tributação do Lucro Real e quando há geração de crédito se faz necessário evidenciar uma retração dos custos na formação do preço de venda, em face da possibilidade de recuperar o tributo a partir da nota fiscal, sendo necessário corretamente formar o preço de produtos e serviços, não se podendo proibir a restituição de imposto pago a maior, como firmou o STF no RE 593.849.

Reproduzindo os arts. 150 e 37, citando o art. 155, § 2º, “b” da CF, bem como o § 8º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, também reproduzindo o § 3º do art. 2º do Convênio ICM 66/88, informa ter anexado cálculo e algumas NFs, por amostragem, para demonstrar que a Impugnante recolheu o ICMS e vem corretamente o pagando, pois, para sua elaboração utilizou o valor apresentado em cada nota fiscal de entrada, ou seja, de venda de mercadorias para a retenção do imposto, considerando o ICMS ST, de modo a resumir, em uma comparação entre o valor de venda e o PMC, que o PMC sempre é maior que o valor de venda das mercadorias.

Assevera que no RE citado o STF entendeu pela inconstitucionalidade da exigência fiscal com base na pauta determinada para operações futuras, afirmando que todo valor exigido a mais em face do preço efetivamente praticado deverá ser devolvido ao contribuinte.

Frisa que o Estado, ao publicar a tabela denominada Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final – PMPF, contendo estimativa do preço de venda para o consumidor final, o fixa em valor muito superior ao efetivamente praticado, obrigando-a arcar com recolhimento superior de ICMS, sem restituir a quantia paga acima da estimativa, na forma ordenada pelo § 7º do art. 150, da CF, razão pela qual requer concessão de prazo de 60 (sessenta) dias para juntar notas fiscais e conversão do feito em diligência para a “DAS” notas fiscais em formato PDF, tendo em vista as mais de 5 mil NFs objeto do levantamento fiscal.

Conclui pedindo que o AI seja julgado improcedente e que as intimações relativas ao caso sejam encaminhadas ao contribuinte e também para a sua patronesse.

O autuante presta a informação fiscal fls. 95-100. Após alertar não haver dados no CD-ROM autuado junto à Defesa, pontua as alegações defensivas e passa a apresentar seu entendimento acerca do caso.

De pronto, observa que a Impugnante não adentrou nos cálculos e valores lançados no AI, sendo o caso de incidência do previsto no art. 140 do RPAF.

Fala que o protesto da Impugnante se restringe à utilização do PMC versus valor de venda como base de cálculo na apuração da exação.

Destaca que a obrigação de recolhimento do ICMS ST nas aquisições das mercadorias decorre do Termo de Acordo assinado pelo contribuinte, que o beneficia de redução de base de cálculo na apuração do ICMS ST, conforme Dec. 11.872/2009.

Quanto aos cálculos, ressalta ter anexado aos autos em forma impressa e arquivos magnéticos do CD-ROM - cuja cópia forneceu ao Autuado -, os demonstrativos suportes da autuação, contendo os dados/elementos dos cálculos relativos à quantificação do ICMS-ST que a contribuinte calculou a menos e aqui exigido, detalhando analiticamente cada NF-e.

Observa que a base de cálculo que utilizou para calcular o ICMS-ST devido está em conformidade com o disposto no caput da Cláusula Segunda do Conv. ICMS 76/94, e corresponde ao preço constante de tabela para venda ao consumidor, sugerido pelo órgão competente e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor, sugerido ao público pelo estabelecimento industrial que, no caso, foi a tabela com valores PMC publicada na Revista ABCFARMA, para o período objeto da fiscalização.

Informa que para a identificação dos PMC's correspondentes aos produtos/NF-e, gerou específico campo na planilha “Ant Total por Produto”, como exemplifica com plotagem relativa à NF-e 266747.

Reproduzindo o art. 23 da Lei 7014/96, art. 289, § 10, III do RICMS-BA, Cláusula segunda dos Convênios ICMS 76/94 e 234/17, e o art. 1º, §§ 1º e 2º do Decreto 11.872/2009, diz não proceder a alegação de ter usado base de cálculo maior que o preço de venda porque desconsiderou o efetivo valor da operação, pois, segundo o art. 97 do CTN, só a lei pode fixar a alíquota e base de cálculo do imposto.

Expressando a disposição do art. 167, I e III do RPAF-BA, discorda do argumento defensivo acerca da formação da base de cálculo.

Também rechaça o pedido da dilação de prazo de 60 (sessenta) dias para juntada de NFs em formato PDF, pois no CD-ROM dos demonstrativos suportes da autuação já consta arquivos com as notas de entrada em formato XML bem como sua especificação, em formato PDF.

Conclui pedindo que o AI seja julgado procedente.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz uma só infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal 007.001.002 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos autuados às fls. 32 e 33, bem como do que se depreende da manifestação defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38 e 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ , 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 03-30), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, o caso não impõe necessidade da diligência referida no tópico dos pedidos/requerimentos da Impugnação.

Considerando: a) a disposição do art. 123 do RPAF quanto ao modo e forma do exercício do direito de defesa; b) que o CD-ROM autuado pela autoridade fiscal autuante (cópia entregue ao sujeito passivo) contém arquivos que analiticamente identificam/espelham as notas fiscais objeto da autuação, por desnecessários, indefiro os pedidos de diligência fiscal e concessão de prazo feitos pela Impugnante.

De logo, observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso de regular ferramenta de Auditoria Fiscal, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre de depuração dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, regularmente

transmitidos e recebidos pela SEFAZ sem inconsistências na forma indicada no Ajuste SINIEF 02/09 (Cláusula décima), única escrituração com valor jurídico a provar a favor e contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (CD de fl. 30), cujas planilhas, em formato PDF, Excel e XML, analiticamente identificam: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CNPJ emitente, Razão Social, Vlr Produto, BC ICMS, PMC, alíquotas, Crédito, Débito, ICMS-ST Retido, ICMS ICMS-ST Devido, Dif ICMS- ST Devida.

Sem apresentar preliminares nem objetivamente indicar equívocos nos dados e/ou cálculo do levantamento fiscal, apenas dizendo ter revisto “seus controles e escrita fiscal”, a Impugnante alegou que o Autuante não observou que a base de cálculo utilizada na autuação foi maior que o preço de venda, desconsiderando o valor da operação e contrariando o entendimento do STF no RE 593.849.

Ocorre que o contribuinte é signatário de Termo de Acordo decorrente do Decreto nº 11.872/09 que, para o que interessa ao caso prescreve:

Art. 1º - Fica instituído regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, mediante celebração de termo de acordo, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes nos termos deste Decreto.

§ 1º - O detentor do regime especial de tributação previsto no caput reduzirá a base de cálculo da antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes em 28,53% (vinte e oito inteiros e cinquenta e três centésimos por cento), de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento), vedada a fruição de qualquer outra redução, ainda que prevista em convênio ou protocolo.

§ 2º - Em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 16% (dezesseis por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 3% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Pois bem. Compulsando os autos, especialmente os demonstrativos que suportam o Auto de Infração, constata-se que a base de cálculo utilizada pela autoridade fiscal autuante para calcular o ICMS-ST devido, está em conformidade com o disposto no Caput da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, e corresponde ao preço constante de tabela para venda ao consumidor, sugerido pelo órgão competente e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor, sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (Tabela com valores PMC publicada na Revista ABCFARMA), para o período objeto da fiscalização, como se vê exemplificado no recorte da planilha “Ant_Total_por_Produto”, plotado na Informação Fiscal (fl. 58).

Assim, considerando: **a)** que a disposição do art. 97 do CTN, consta atendida no art. 23 da Lei 7014/96, seguido do art. 289, § 10, III do RICMS-BA, Cláusula segunda dos Convênios ICMS 76/94 e 234/17 e o art. 1º, §§ 1º e 2º do Decreto 11.872/2009; **b)** a disposição do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, quanto ao exercício do direito de impugnar o Auto de Infração, devendo se alegar de uma só vez toda a matéria de fato e/ou de direito, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente

trazidos aos autos (RPAF: Art. 123), exceções que não se aplicam ao caso; **c)** a disposição do art. 167, I e III do RPAF-BA, quanto à incompetência de órgão administrativo apreciar inconstitucionalidade de norma legal ou negar aplicação em sua vigência, constato o cometimento da infração e a subsistência da acusação fiscal.

As intimações/notificações acerca do caso devem obedecer a forma regulamentada, mas nada impede que a patronesse do sujeito passivo seja atendida com cópias dos atos administrativos citados.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **284119.0003/23-4**, lavrado contra **MSR FARMA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 283.266,86, acrescido da multa de 60%, prevista inciso II, alínea "d" do art. 42 da Lei 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADO