

PROCESSO - A. I. N° 269133.0011/17-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA.
RECORRIDOS - IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0249-04/23-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/11/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0408-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS POR CONTRIBUINTE NA CONDIÇÃO DE FARMÁCIA. A base de cálculo do ICMS-ST, nas aquisições de medicamentos, quando de responsabilidade do adquirente - deve ser calculada levando-se em consideração a tabela de preços máximos de venda a consumidor final (PMC), estabelecida pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA), que leva em consideração os valores usuais praticados no mercado. Valor do débito reduzido mantendo-se a integralidade dos valores dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais, cujos remetentes, no caso filiais da autuada, por não serem beneficiárias dos regimes especiais de tributação. Não acolhidos os argumentos defensivos de não incidência do ICMS nas operações de transferências interestaduais, com base nas disposições da Súmula nº 166 do STJ. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/12/2017, em função da seguinte irregularidade:

***Infração 01 – 07.06.08:** Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na condição de farmácia, drogarias ou casa de produto natural, referente a aquisição de mercadorias, nos meses de fevereiro a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 392.992,71, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.*

A 4ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0209-04/23-VD (fls. 380 a 402), com base no voto da Relatora, a seguir transcrito:

“O presente lançamento trata de recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins do exercício da atividade econômica de farmácia, drogaria ou casa de produto natural.

Inicialmente, quanto às questões de constitucionalidade de lei ou de atos normativos, ressalto que os julgadores estão adstritos ao previsto na lei, assim, por força do artigo 167, inciso I do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade de normas integrantes do ordenamento jurídico, motivo pelo qual este colegiado não pode adentrar em tal discussão.

Em relação ao questionamento acerca da ilegitimidade da lista de preços fornecidos pela ABCFARMA, também não deve ser aceito uma vez que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, que tem, entre suas principais funções, a regulação do mercado e o estabelecimento de critérios para a definição e ajuste de preços de medicamentos, determina que os estabelecimentos industriais, ou seja, os laboratórios, divulguem ao público os preços máximos sugeridos para comercialização dos medicamentos de uso humano que fabricam, sendo que estes o efetuam mediante a publicação em revistas especializadas, tais como ABCFARMA. Saliento que estas informações são de conhecimento público e notório, principalmente das empresas que

comercializam medicamentos, não havendo razão para a pretensão de invalidação da base de cálculo, utilizada pela fiscalização.

No mérito, o sujeito passivo contesta a exigência fiscal, asseverando que parte dos valores autuados são decorrentes da limitação dos créditos fiscais relacionados às operações promovidas pelos remetentes/vendedores localizados no Estado de Minas Gerais, por conta da aplicação do decreto baiano nº 14.213/2012, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, que vedava a utilização dos referidos créditos de ICMS em operações interestaduais contempladas em benefícios fiscais não autorizados por Convênios ou Protocolos, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1976.

No caso concreto, foi admitido apenas os créditos de 3% e 4% ao invés de 7%, nas operações de aquisição originárias do Estado de Minas Gerais com (i) mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista; e (ii) medicamentos da linha genérica, conforme item 2.1 e 2.4 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012.

Sustentou o defendente, que a limitação dos créditos fiscais está baseada em mera presunção, pois não restou demonstrado pelo fisco baiano, que os remetentes das mercadorias foram favorecidos pelos benefícios vedados pelo Dec. nº 14.213/2012. Entende ser ônus processual do Fisco trazer ao PAF prova da efetiva utilização das benesses fiscais pelo remetente/vendedores, o que não teria ocorrido no caso sob exame.

Afirmou ainda, que, no tocante as operações interestaduais praticadas por atacadistas mineiros, os mesmos não são beneficiários do favor fiscal em questão, na medida em que este somente se aplica aos contribuintes signatários de Protocolo firmado com o estado de Minas Gerais, mediante regime especial concedido pelo diretor da Superintendência de tributação, e que as remessas efetuadas pelos Centros de Distribuição da empresa Irmãos Mattar & Cia Ltda, inscritas no CNPJ sob os nºs 25.102.146/0071-81 e 25.102.146/0014-93, localizados no território mineiro, não são signatárias do aludido protocolo, portanto, não são detentoras do regime especial a que faz alusão a norma, portanto, não foram agraciadas pelo incentivo fiscal em questão.

Relativamente às operações com medicamentos genéricos argumentou que o benefício fiscal previsto na legislação interna de Minas Gerais é aplicável exclusivamente às operações promovidas por estabelecimentos industriais. Entretanto, as operações autuadas têm origem nos seus Centros de Distribuição, localizados no território mineiro, que não se dedicam a atividade industrial.

Na Informação Fiscal o autuante declarou assistir razão ao autuado no que se refere à insubsistência da cobrança quanto à limitação/vedação dos créditos previstos nos itens 2.1 e 2.4 do Anexo único do Decreto Estadual nº 14.213/12. Asseverou que a defesa apresentou provas de que as empresas Irmãos Mattar & Cia Ltda, situadas no Estado de Minas Gerais (CNPJ nº 25.102.146/0071-81 e CNPJ nº 25.102.146/0014-93), não são beneficiárias dos regimes especiais de tributação, conforme declaração, juntada aos autos, do diretor de Gestão Fiscal da Superintendência de Fiscalização da SEFAZ-MG, assinada digitalmente (docs. 96 e 296) e Declaração de Apuração do ICMS - DAPI (docs. fls. 99/269).

Em relação às aquisições de medicamentos genéricos reconhece serem oriundos dos Centros de Distribuição da autuada, portanto, indevida a exigência, pois, de fato o incentivo é aplicado apenas em relação às saídas praticadas por estabelecimento industriais, conforme estabelecido do art. 75, XXII do RICMS/MG (Decreto Estadual nº 43.080/2002), razão pela qual ditas operações também devem ser excluídas da autuação.

Elaborou novas planilhas, inseridas no CD de fl.297, reduzindo o débito de R\$ 392.992,71 para a cifra de R\$ 242.387,87, com o qual concordo, ressaltando que em relação às operações mantidas pela fiscalização, remetidas por empresas atacadistas estabelecidos em Minas Gerais, com crédito admitido de 3% e 4% o sujeito passivo não atendeu o quanto exigido no § 2º, inciso II da Cláusula Oitava, do Convênio ICMS nº 190/2017, ou seja, não trouxe aos autos petição de desistência de impugnação, defesa e recursos eventualmente apresentados, conforme posicionamento externado pela PGE/PROFIS, no seu opinativo constante dos autos, às fls.314 a 326, o qual o autuado teve conhecimento, através de diligência requerida por este órgão julgador.

A defendente contestou ainda a exigência fiscal, no que diz respeito ao item “medicamentos” asseverando que violam a regra matriz de incidência do ICMS/ST, pois foi utilizada base de cálculo não prevista nos parágrafos 2º e 3º do art. 8º, da LC nº 87/96, a saber Tabela de PMCs (Preços Máximos de Venda a Consumidor), editada pela ABCFARMA, que no seu entender trata-se de mera associação privada de comerciantes, o que caracteriza insanável violação ao princípio da tipicidade tributária.

Sustentou que a autuação utilizou a tabela da ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico) para a apuração dos preços máximos de venda ao consumidor (PMCs), na formação da base de cálculo do ICMS ST, sustentando a tese de que a autoridade fiscal fez uso da sistemática de tributação via Pauta Fiscal, que é vedado no ordenamento jurídico pátrio, trazendo decisões judiciais sobre essa temática e a Súmula 431 do STJ.

Entendo correto o procedimento fiscal, uma vez que de acordo com o Convênio ICMS 76/94, nas aquisições interestaduais de medicamentos, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é o valor correspondente ao preço constante da tabela sugerido pelo órgão competente para venda ao consumidor, e na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo

estabelecimento industrial (ABCFARMA - situação em comento). Tal previsão também encontra-se disposta no § 3º, do art. 23, da Lei 7.014/96, e o inciso III, do § 10, do art. 289, do RICMS-BA/12, transcritos a seguir:

Lei nº 7.014/96

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

[...]

§ 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.”

RICMS-BA/2012:

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

[...]

§ 10. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador.

[...]

III - medicamentos;”

Além dos dispositivos retro transcritos, a redação relativa aos “produtos farmacêuticos e medicamentos” constante no item 32, do Anexo I do RICMS-BA/12, vigente à época da autuação, também não deixam dúvidas quanto à utilização do PMC na apuração da base tributável, conforme se depreende da transcrição a seguir:

Item 32: Produtos farmacêuticos e medicamentos, exceto para uso veterinário nas operações com medicamentos a MVA só será utilizada quando não houver preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador.

Portanto, considero correto o procedimento fiscal em análise, ressaltando que os valores, utilizados na autuação foram obtidos da publicação da ABCFARMA, cuja legitimidade já foi objeto de pronunciamento no exame das preliminares de mérito.

Ressalto ainda, que o posicionamento defendido pela autuada não encontra ressonância na jurisprudência deste CONSEF, que vem entendendo, de há muito, que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária (no caso de medicamentos) é o preço determinado pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta desse preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme decisões contidas nos Acórdãos CJF nºs; 0293-11/09, 0199-11/09, 0129-12/09, 0056-11/09, 0443-12/10, 0208-11/11 e 0135-11/11; 0294-12/17 e 0290-11/17.

Quanto as decisões judiciais trazidas pelo contribuinte na peça defensiva também são incapazes de alterar o entendimento aqui apresentado, posto que não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia.

No que se refere a insurgência do sujeito passivo em relação às operações de remessas de preservativos em transferência interestaduais da mesma pessoa jurídica, por, inexistência do fato gerador do ICMS, com fundamento na SÚMULA 166 do Superior Tribunal de Justiça, observo que acerca desta questão a Procuradoria Fiscal do Estado através do Incidente de Uniformização nº PGE2016.169506-0, firmou entendimento que: “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”, com a seguinte ressalva:

“Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do REsp nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados”.

Ainda sobre o tema, informo que a PGE/PROFIS, através do Parecer nº PGE 20221122021 - emitido em 10 de abril de 2022 já se manifestou em outros autos de infração de natureza semelhante a que ora se analisa, a exemplo do processo de nº 278904.0008/19-0, em que foi solicitada a interpretação em relação a não incidência do ICMS, em deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa em face de

judgamento pelo STF de recurso repetitivo, quando se posicionou no sentido de que: “Assim sendo, diante do acórdão da ADC 49, restou definido que não há incidência do ICMS a título de diferencial de alíquota na transferência de bens entre estabelecimentos da mesma pessoa, sendo que os efeitos da decisão terão eficácia pró-futuro a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando-se os processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito.”

Portanto, acompanho o entendimento da PGE/Profis no citado Parecer e concluo que a fiscalização observou integralmente o que determina a legislação do Estado da Bahia, no sentido de que as operações de transferências interestaduais, são tributadas, conforme previsão normativa expressa da Lei Complementar nº 87/96 - art. 12, inc. I e da Lei estadual nº 7.014/96 – art. 4º, inc. I, não cabendo a este órgão julgador se pronunciar em relação a alegada inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais, em obediência ao disposto no art. 167, I, do RPAF/BA.

Por oportuno observo existir previsão no ordenamento jurídico de isenção do ICMS sobre as operações com “preservativos”, porém, condicionada ao abatimento no preço do valor do imposto que seria cobrado, caso não houvesse a isenção. Assim prescreve o art. 264, inc. XXIII do RICMS/12, fundamentado no Conv. ICMS 116/98, cuja redação assim se apresenta:

“Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98).”

No caso presente observo que a fiscalização elaborou demonstrativo, fls. 13 a 21, relacionando cupons fiscais emitidos pelo defendente, no período fiscalizado, comprovando que não foi promovido qualquer abatimento no preço cobrado do consumidor, da parcela equivalente ao valor do imposto, não fazendo jus, portanto, a isenção estabelecida na legislação supra.

Quanto a arguição defensiva de que a Fiscalização deixou de observar as regras previstas no Convênio nº ICMS 34/06, que estabelece redução da base de cálculo em 9,04%, 9,34% e 9,90%, nas operações interestaduais realizadas com medicamentos indicados no artigo 1º da Lei nº 10.147/00, comungo com o entendimento do autuante, pois no valor do PMC já estão considerados os índices das listas positiva, negativa e neutra, no âmbito da respectiva alíquota e a incidência das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, Portanto, para os casos onde existam PMC a única redução da base de cálculo aplicável é a de 10%, conforme procedeu a fiscalização, em atendimento ao previsto no art. 268, VIII do RICMS BA/2012 e § 5º da Cláusula 2ª do Convênio ICMS 76/94, como a seguir transcrito:

RICMS-BA/2012:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

VIII - das operações com os produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificadas no item 32 do Anexo 1 deste regulamento, relativamente à base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, em consonância com o Convênio ICMS 76/94;”

Convênio ICMS 76/94:

“§ 5º A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento).”

Quanto à alegação defensiva de que a penalidade aplicada, no percentual de 60% do valor do imposto, afronta os princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco, vejo que ela atende ao quanto previsto na Lei nº 7.014/96, incisos II, alínea “d” e está adequada a infração imputada, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF-BA.

No que se refere ao pedido de redução da multa aplicada de 60%, saliento que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para tal apreciação.

Ante ao exposto acolho o os valores apurados na revisão efetuada pelo autuante na informação fiscal anexada às fls. 282 a 295 e concluo pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 242.387,86.

Ocorrência	Vencimento	Vlr. Original	Vlr. Julgado
28/02/2015	25/03/2015	24.301,35	12.525,79
31/03/2015	25/04/2015	30.906,35	18.746,33
30/04/2015	25/05/2015	37.635,07	24.694,13
31/05/2015	25/06/2015	42.485,09	28.863,14
30/06/2015	25/07/2015	43.110,34	28.989,31
31/07/2015	25/08/2015	37.826,23	23.720,72

31/08/2015	25/09/2015	35.126,80	21.487,86
30/09/2015	25/10/2015	39.731,51	25.094,74
31/10/2015	25/11/2015	36.903,44	22.712,67
30/11/2015	25/12/2015	32.075,99	17.250,62
31/12/2015	25/01/2016	32.890,54	18.302,55
Totais		392.992,71	242.387,86

A 4ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 412 a 420), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, após tecer um breve resumo do processo, alegou possuir direito à restituição do ICMS-ST na hipótese de venda de medicamentos por valores inferiores aos PMCs, resultando na impossibilidade de lavratura de Auto de Infração quando a diferença de preços já era do domínio da fiscalização.

Consignou que a Tabela da CMED divulga os preços máximos de comercialização de medicamentos, como reconheceu 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.

Aduziu 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 determinado pelo Art. 13, I da LC nº 87/96, questão que 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.

Afirmou que 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 PMCs divulgados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão vinculado à ANVISA, reconhecendo a legitimidade da CMED para definição de PMCs sobre medicamentos, mas 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 PMCs divulgados pela CMED, não se mostra válida a lavratura de Autos de Infração para 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.

Frisou que o mesmo entendimento vem sendo adotado pelo Poder Judiciário Estadual em ações movidas pela rede de Farmácias Indiana (razão social Irmãos Mattar) contra o Estado, como se verifica do aresto que transcreveu (Agravado de Instrumento nº 8027993-03.2019.8.05.0000).

Defendeu a não incidência do ICMS sobre as remessas de “preservativos” entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, conforme determinado na Súmula nº 166 do STJ.

Sustentou que a multa aplicada no percentual de 60% (sessenta por cento) representa violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e do não confisco, sendo, portanto, devido o cancelamento do gravame ou, quando menos, a redução das imposições punitivas caso sejam mantidas as obrigações principais veiculadas no Auto de Infração.

Requeru o provimento do Recurso para determinar a reforma da decisão recorrida e o imediato cancelamento dos lançamentos consubstanciados no Auto de Infração, bem como seja o feito baixado em diligência, para apurar os seus valores de venda no varejo das mercadorias que foram autuadas, a fim de comprovar 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 LC nº 87/96), assim como o cancelamento ou, no mínimo, a substancial redução da multa aplicada.

Registro o impedimento do Conselheiro João Vicente Costa Neto por ter atuado como julgador na 1ª Instância, sendo substituído pelo Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo.

VOTO

Inicialmente avaliarei o Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, lavrado em decorrência de recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária, na condição de farmácia, drogarias ou casa de produto natural, referente a aquisição de mercadorias.

Constato que o Recurso de Ofício é pertinente, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$ 345.155,97, conforme extrato (fl. 404), montante superior ao valor de R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99, vigente à época da Decisão ora recorrida.

Verifico que foram excluídos, na Decisão ora recorrida, os efeitos do Decreto nº 14.213/12, o qual previa a glosa dos créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Restou provado que as disposições da Lei Complementar nº 160/17, bem como do Convênio ICMS 190/17 e do Decreto nº 14.213/12, não se aplicavam às operações em tela, posto que não foram agraciadas por benefício fiscal pelos fornecedores.

Todas as reduções e exclusões foram corretamente efetuadas, pois o erro no valor do crédito fiscal havia gerado um valor maior do que o efetivamente devido, sendo necessário o ajuste efetuado pelo Autuante e referendado pelo Acórdão recorrido.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No Recurso Voluntário, o questionamento do Autuado se pauta na utilização para a base de cálculo dos valores divulgados na Revista ABCFARMA, tendo em vista que utilizou preços menores nas suas saídas, bem como na não incidência do ICMS sobre as remessas de “*preservativos*” entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, conforme determinado na Súmula nº 166 do STJ.

Rejeito o pedido de diligência solicitado pelo Autuado, nos termos do Art. 147, I, “a” do RPAF/99, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação.

Saliento que o deferimento ou não de um pedido de diligência ou perícia depende da convicção do julgador, pois a diligência e a perícia são previstas na legislação para elucidar as dúvidas dos julgadores, quando estes entenderem que existem dúvidas a serem sanadas.

O imposto relativo à substituição tributária não se confunde com a tributação das operações de transferência, pois o valor aqui exigido se refere às operações posteriores, não se afastando ao determinado na Súmula nº 166 do STJ.

Também não há como excluir do enquadramento na substituição tributária os produtos, no caso “*preservativos*”, que possam vir a ser beneficiados de uma isenção condicionada, devendo a compensação do valor do imposto ser efetuada posteriormente, após provado o cumprimento da referida condição.

O próprio Autuado afirmou que 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 PMCs divulgados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão vinculado à ANVISA, reconhecendo a legitimidade da CMED para definição de PMCs sobre medicamentos, sendo a Revista ABCFARMA apenas um dos veículos de divulgação dos preços máximos estabelecidos pelos fabricantes de medicamentos.

No tocante à possibilidade de se requerer restituição do imposto que, à luz do precedente firmado

pelo STF no RE nº 593.849/MG, não há como reconhecer antecipadamente tal direito, devendo o Autuado obedecer ao disposto no Art. 9º-A da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito, acrescentado pela Lei nº 14.183/19, válido para os pedidos protocolados a partir de 13/12/2019, não constando nos autos que o Autuado requereu tal providência.

“Art. 9º-A. - O contribuinte que praticar preço de venda inferior ao valor adotado como base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária poderá apresentar pedido de restituição.

§ 1º O pedido de restituição de que trata o caput deste artigo implica na renúncia ao encerramento da tributação prevista no art. 9º desta Lei, cabendo ao Fisco realizar as atividades inerentes à fiscalização das operações realizadas pelo contribuinte, devendo exigir a diferença apurada nos casos em que se verificar preço de venda superior ao valor adotado como base de cálculo presumida, prevista na legislação, para fins de antecipação ou substituição tributária.

§ 2º Nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional, a restituição somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

§ 3º O requerimento de que trata o caput deste artigo deve vir, também, acompanhado de demonstrativo com vinculação da nota fiscal de entrada à nota fiscal de saída, identificação das bases de cálculo adotadas e valores do imposto devido e cobrado.

§ 4º Deferido o pedido, a restituição do valor do indébito será realizada em parcelas mensais e sucessivas em número igual ao de meses em que ocorreram os pagamentos indevidos.

§ 5º A análise e deliberação do pedido de restituição pela Secretaria da Fazenda deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados do protocolo do requerimento.”

Por fim, o pedido de afastamento ou redução da multa aplicada relativa a obrigação principal foge à competência deste órgão julgador por falta de previsão normativa.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade da multa aplicada, não cabe a este órgão administrativo julgar tais questões, conforme dispõe o Art. 167, I do RPAF/99, mas tão somente efetuar o controle de legalidade, e é certo que as multas aplicadas se encontram dentro da ordem legal vigente, nos termos da Lei nº 7.014/96, conforme se infere da capitulação e do enquadramento legal.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos, de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269133.0011/17-3, lavrado contra **IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 242.387,86**, 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, 7 de outubro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS