

**A. I. Nº** - 269133.1101/15-0  
**AUTUADO** - IRMÃOS MATTAR E CIA LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 09.05.2016

**5ª JUNTA DE JUGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0069-05/16**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOR. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS POR CONTRIBUINTE NA CONDIÇÃO DE FARMÁCIA PARA COMERCIALIZAÇÃO. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração (AI) em lide, lavrado em 25/11/2015, formaliza a exigência do ICMS no valor de R\$ 237.460,25 (duzentos e trinta e sete mil, quatrocentos e sessenta reais e vinte e cinco centavos) acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7014/96.

A infração de código nº 07.06.08, imputada ao autuado, foi verificada no período de janeiro a dezembro de 2013 e se refere ao fato de o contribuinte ter efetuado recolhimento a menor de ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente à aquisição de mercadorias.

Conforme a descrição dos fatos, o resumo do demonstrativo do ICMS recolhido a menor por antecipação, contendo o detalhamento dos itens e operações de entradas está anexo em CD, tendo sido entregue cópia ao contribuinte, contendo arquivos em excel do mesmo e da tabela da ABCFARMA, com os preços máximos de venda a consumidor sugerido pelos fabricantes, que devem obrigatoriamente, quando existirem, serem utilizados para obtenção da base de cálculo da antecipação, em conformidade com o §10, III do art. 289 do RICMS/12 e cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94.

Às fls. 21 a 34, o autuado, por meio de seu procurador, fl. 43, ingressa tempestivamente com defesa administrativa, registrando que o AI não reúne condições de subsistir, devendo ser cancelado, conforme pretende demonstrar. O impugnante se insurge contra a acusação da fiscalização que registra que teria deixado de recolher, em sua integralidade, o ICMS-ST quando da aquisição de produtos farmacêuticos, sob o fundamento de que não foram utilizados os Preços Máximos de Venda a Consumidor (PMC) sugeridos pela ABCFARMA, nos termos do §9º do artigo 8º da Lei Estadual nº 7.014/96 c/c artigo 294 do RICMS/BA.

Sustenta que a tabela divulgada pela ABCFARMA, não é índice oficial, mas mera sugestão de preços máximos e em momento algum a legislação, seja Federal ou Estadual, outorga competência à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), que veicula a tabela divulgada pela ABCFARMA, para fixar base de cálculo tributária e transcreve dispositivos da Lei nº 10.742/2003 que estabelece normas de regulação do setor farmacêutico e cria a CMED para comprovar tal assertiva.

Argumenta que tanto o Convênio ICMS 76/94 como a Lei Complementar 87/96 não determinam que a base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária incida sobre o preço máximo de venda a consumidor, mas, sim, sobre o preço final ao consumidor sugerido pelo fabricante.

Assim, acredita ser descabida a adoção do PMC sugerido pela CMED como base de cálculo do tributo incidente quando realizada a substituição tributária, posto que se assim o fizer, estará praticando a pauta fiscal, o que é vedado pelos Tribunais Pátrios. Para fundamentar a sua afirmação transcreve algumas decisões sobre a matéria, emanadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Superior Tribunal de Justiça, parâmetros definidores da base de cálculo do ICMS.

Aduz que, caso se entenda pela possibilidade de adoção de pauta fiscal para lançamento do ICMS/ST, o que somente se admite por respeito à eventualidade, deve ser reconhecida a improcedência parcial do lançamento fiscal, por erro na quantificação do crédito tributário, uma vez que não foram observadas pela Fiscalização 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.

Ao final da peça defensiva, encaminhada em 25/01/2016, registra que na hipótese de o AI não ser cancelado pelos i. Julgadores, ainda assim o lançamento fiscal merece ser reformado, em função da multa aplicada na ordem de 60% (sessenta por cento) dos valores supostamente devidos pelo defendente, considerando a sua manifesta contrariedade aos princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco.

Na informação fiscal, o autuante, fls. 48 a 57, discorda dos argumentos expostos pelo contribuinte, tendo em vista que o procedimento fiscal foi realizado estritamente de acordo com a legislação tributária em vigor na época dos fatos, não havendo fundamento para a alegação defensiva sobre a suposta ilegalidade da exigência do ICMS/ST com base no PMC. Justifica seu entendimento transcrevendo dispositivos do Convênio ICMS 76/94, da Lei Estadual nº 7.014/96; além da LC 87/96, nos quais lastreia a acusação.

Sobre a improcedência parcial do lançamento fiscal, por erro na quantificação do crédito tributário, uma vez que não foram observadas pela Fiscalização as regras previstas no Convênio ICMS 34/06, afirma que quando utilizado o PMC para a obtenção da base de cálculo do ICMS - ST, a redução mencionada no Convênio ICMS 34/09 não deve ser aplicada, uma vez que no valor do PMC já estão considerados os índices das listas positiva, negativa e neutra, no âmbito da respectiva alíquota, por conseguinte, a única redução da base de cálculo aplicável é a de 10%, conforme art. 268, VIII do RICMS BA/2012 c/c §5º da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94.

Aduz que a redução de 9,34%, que consta no Convênio ICMS 34/06, só poderia ser aplicada na base de cálculo do ICMS das operações próprias interestaduais e com os produtos da lista negativa contidos no item 1 do § 1º da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, em conformidade com as alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo 1º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000.

Com relação à afirmação do autuado de que se trata de multa confiscatória, o autuante se abstém de emitir opinião, pois, não cabe à fiscalização analisar questões sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade da multa exigida.

O autuante conclui a sua informação solicitando, em face dos argumentos expostos, que o AI seja julgado procedente em sua totalidade.

Por fim, registro que mediante petição datada de 29/02/2016, fls. 61 e 62, o autuado ingressou com um aditamento à impugnação ao AI, solicitando a exclusão do presente lançamento tributário dos valores decorrentes da venda de leite natural realizadas pelo impugnante dentro do Estado da Bahia.

## **VOTO**

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o AI registra a acusação fiscal de que o contribuinte, na condição de farmácia, efetuou recolhimento a menor de ICMS substituto por antecipação referente à aquisição de mercadorias, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, uma vez que utilizou a Margem de Valor Adicionado (MVA) na apuração da base tributável, quando deveria ter sido empregado o Preço Máximo ao Consumidor (PMC), constante da tabela veiculada pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFRAMA).

Constatamos que a instalação do litígio no presente PAF decorre do entendimento do impugnante, contrário ao da fiscalização, pela utilização da MVA em vez do PMC. O autuado afirma, fl. 26, que é descabida a utilização como base de cálculo do ICMS-ST de valores sugeridos ao público pelos estabelecimentos industriais e que se encontram nas Tabelas da ABCFARMA publicadas pela CMED, porquanto, ao assim atuar, a fiscalização está praticando pauta fiscal, o que, segundo sustenta, é vedado pelos Tribunais Pátrios. Com o objetivo de lastrear o entendimento que manifesta o autuado reproduz algumas ementas de jurisprudências.

Considero, entretanto, que o entendimento exarado pelo defendente não tem como prosperar. Conforme destacado pelo fiscal autuante, de modo bastante pertinente, o lançamento fiscal foi realizado estritamente de acordo com a legislação. Tal assertiva encontra sustentação no mandamento insculpido no §3º do art. 23 da Lei 7.014/96 c/c o inciso III do §10 do art. 289 do RICMS/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 1 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: (grifo nosso)*

.....

*III - medicamentos;*

Além dos dispositivos retro transcritos, a redação relativa aos “produtos farmacêuticos e medicamentos” constante no item 32 do Anexo 1 do RICMS, vigente à época da autuação, bem como o disposto na cláusula segunda do Conv. ICMS 76/94, também não deixam dúvidas quanto à utilização do PMC na apuração da base tributável, conforme se depreende das transcrições a seguir:

Anexo 1 do RICMS/12:

32	<i>Produtos farmacêuticos e medicamentos, exceto para uso veterinário nas operações com medicamentos <u>a MVA só será utilizada quando não houver preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador;</u> (grifo nosso)</i>
----	---

Convênio ICMS nº 76/94:

*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. (grifo nosso)*

Todos esses dispositivos citados deixam claro que a legislação vigente foi prontamente observada e respaldam o procedimento adotado pelo autuante. A legislação posta traz expressamente que para os medicamentos a apuração da base de cálculo do ICMS devido por antecipação tributária é feita seguindo o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento

industrial. Esses preços são publicados em tabelas como a da ABCFARMA. A utilização da MVA só é prevista quando inexistir preço máximo de venda a consumidor. Vale salientar que neste órgão julgador administrativo tem prevalecido, de forma reiterada, esse entendimento.

Com relação à afirmação do autuado acerca da necessidade de se reconhecer a improcedência parcial do AI em virtude da não observância das regras previstas pelo Convênio ICMS 34/06, entendo que assiste razão ao autuante que se posiciona pelo não acatamento de tal assertiva. O entendimento é justificado com base nas Resoluções expedidas pela CMED, mais especificamente as de nº 02/2012 e 02/2013, que trazem a forma de obtenção do PMC, onde se observa que no cálculo já são considerados os índices das listas positiva, negativa e neutra, bem como a incidência das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS. Assim, quando se utiliza o PMC, a única redução da base de cálculo a ser aplicada, conforme procedeu acertadamente o autuante na determinação do crédito tributário, é a prevista no inciso VIII do art. 268 do RICMS/12 c/c a cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, “*in verbis*”:

RICMS BA/2012:

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

*VIII - das operações com os produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados 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 de que a penalidade aplicada, que consubstancia percentual de 60% do valor do imposto, afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco, deve ser registrada a existência de previsão legal da mesma, estabelecida na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, além da falta de competência deste órgão julgador para se manifestar sobre o aspecto constitucional da sanção imposta.

Por fim, com relação ao aditivo apresentado pelo autuado, analisei o conteúdo e verifiquei ser impertinente a alegação encaminhada, por inexistir vinculação com a matéria “*sub judice*”, uma vez que não foi objeto do levantamento fiscal o produto leite pasteurizado, tido como isento.

Isto posto, considero que o autuado não foi capaz de elidir a acusação fiscal e entendo que o demonstrativo de débito da infração foi feito com base na legislação pertinente relativa a formação da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária.

Com base no exposto, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269133.1101/15-0** lavrado contra **IRMÃOS MATTAR E CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 237.460,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – RELATORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR