

A. I. N° - 269133.1101/15-0
AUTUADO - IRMÃOS MATTAR E CIA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.05.2016

5^a JUNTA DE JUGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 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 defendant, considerando a sua manifesta contrariedade aos princípios constitucionais da razoabilidade/proportionalidade 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).

Constato 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 defendant 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

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; (grifo nosso)

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/proportionalidade 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