

A. I. Nº - 272041.0344/15-0
AUTUADO - IRMÃOS MATTAR & CIA LTDA.
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA GAMA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0228-05/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO PROCEDENTE DE ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO OU PROTOCOLO) PARA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA A CONSUMIDOR COMO BASE DE CÁLCULO DO ICMS IMPOSTO RETIDO A MENOS. Levantamento fiscal efetuado com base nos preços de venda a consumidor, publicados nas revistas do setor farmacêutico (ANVISA/ABCFARMA). Procedimento em concordância com a legislação vigente no Estado da Bahia e a reiterada jurisprudência do CONSEF. Não acatado o pedido de redução da base de cálculo do ICMS próprio que implicaria em majoração do imposto lançado. Não acolhido também pedido de exclusão ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal sob a alegação de afronta ao princípio do não confisco. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor principal de R\$100.282,60, contendo a seguinte imputação:

INFRAÇÃO 01 – Deixou de efetuar recolhimento a menor o ICMS substituto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição (farmácia, drogaria ou casa de produto natural), referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação ou do exterior. Preços de medicamentos recebidos de Minas Gerais da mesma empresa (transferências) com preços inferiores da tabela ANVISA – ABCFARMA. Autuação da diferença”. Valor principal exigido acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 12/07/2016, através de intimação pessoal, subscrita por procurador habilitado nos autos (doc. fls. 122/122v).

Ingressou com defesa administrativa em 10/08/2016, ocasião em que passou a discorrer sobre os fatos que motivaram a exigência fiscal. Após tratar da tempestividade da impugnação, passou a abordar as premissas que nortearam os lançamentos fiscais erigidos. Disse ser uma pessoa jurídica que se dedica ao nicho de negócios farmacêuticos e que o ponto de partida das supostas ocorrências de recolhimento a menor de ICMS/ST, no período fiscalizado, entre 30/04/2013 a 31/12/2015 é que a empresa teria apurado o tributo em desconformidade aos PMC's (preços máximos de venda a consumidor), constantes da tabela ABCFARMA, que é adotada pelo Estado da Bahia. Sobre a diferença apurada incidiu também a multa de 60% dos créditos tributários lançados.

Em seguida, passou comentar o direito aplicável ao caso em exame, trazendo à consideração o tema pertinente à regra matriz de incidência do ICMS/ST. Transcreveu as disposições contidas no art. 8º, §§ 2 e 3º da LC 87/96, observando que a lei fixou critério diverso para a apuração do

imposto, incorrendo a autuação em violação ao princípio da tipicidade. Sustenta que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária apurada na ação fiscal está eivada de ilegalidade/inconstitucionalidade do procedimento adotado pela fiscalização, pois não possui suporte em tabela fixada por órgão competente ou decorreu de preço fixado pelo fabricante (estabelecimento industrial ou importador). Argumenta que a ABCFARMA é uma mera associação privada de comerciantes, não estando a fixação de preços sugeridos por essa entidade prevista na lei de regência do ICMS.

Destacou ainda que a lei ordinária baiana (Lei nº 7.014/96, art. 23, II, § 3º), estabelece que para fins de ICMS/ST a base de cálculo do tributo será o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador, desautorizando até mesmo as tabelas fixadas por órgão público.

Mais à frente declarou que há violações ao princípio da separação dos poderes pelo Estado baiano, através da adoção da base de cálculo do ICMS/ST pelo Decreto nº 6.284/97, não prevista no art. 23, II, § 3º da Lei Ordinária nº 7.014/96. Que o RICMS do Estado da Bahia teve por pretensão legitimar as cobranças do ICMS, endossando também tabelas de preços máximos de venda a consumidor, fixadas por órgão público/autoridade competente. Sobre o assunto transcreveu decisões do STF (Supremo Tribunal Federal), reproduzidas na peça defensiva às fls. 129 a 131.

Abordou também a questão da impossibilidade de utilização de pautas fiscais para apuração do ICMS/ST, constituindo essa prática uma segunda violação ao princípio da tipicidade tributária estrita. Também em relação a esse tema transcreveu decisões judiciais concordantes com a tese defensiva, inseridas às fls. 133 a 135 dos autos. Discorreu ainda sobre a violação à Súmula 431 do STJ que expressamente dispõe acerca da ilegalidade da cobrança do ICMS com base no valor da mercadoria submetida ao regime da pauta fiscal.

Registrou em acréscimo que houve também violação ao art. 110 do CTN, pois na imputação de erro na apuração da base de cálculo houve alteração, pelo fisco, dos conceitos de órgão público, associação e fabricante (estabelecimento industrial) para cobrança do ICMS-ST. Reiterou que a ABCFARMA se reveste da condição de associação privada, não estando albergada ou abrangida no conceito de entidade pública competente para afiação de preços médios de venda a consumidor final para fins de ICMS/ST. Da mesma forma a associação privada ABCFARMA não confundiria com os conceitos legais de fabricante/importador. O fabricante seria aquele que executa operações de industrialização, definidos no RIPI/2010 (Regulamento do IPI – Dec. 7.212/10) e importador, o estabelecimento que realiza o negócio jurídico supranacional de internalização de mercadorias provenientes do exterior e realiza o desembaraço aduaneiro.

Noutro giro passou a tratar das disposições do Convênio ICMS 76/94, afirmando em acréscimo que não foi considerada a redução de base de cálculo do imposto prevista no Convênio ICMS 34/09 que estabelece a redução de base de cálculo dos itens do setor farmacêutico em 9,04%, 9,34% e 9,90% em operações interestaduais relativamente às mercadorias miradas pelo art. 1º da Lei nº 10.147/00, com o seguinte teor:

Cláusula primeira - Nas operações interestaduais com os produtos indicados no “caput” do art. 1º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, destinados a contribuintes, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente na respectiva operação.

§ 1º A dedução corresponderá ao valor obtido pela aplicação de um dos percentuais a seguir indicados, sobre a base de cálculo de origem, em função da alíquota interestadual referente à operação:

I - com produto farmacêutico relacionado na alínea “a” do inciso I do “caput” do art. 1º da Lei 10.147/00, com alíquota:

a) de 7% - 9,34%;

Diante deste cenário, considerando a inobservância da Fiscalização quanto à redução da base de cálculo do ICMS-ST nas operações com medicamentos, disposta no Convênio ICMS nº 34/06, pede, a defendente, em razões subsidiárias, que o Auto de Infração seja parcialmente reformado.

Mais à frente passou a discorrer a respeito do efeito confiscatório da multa lançada no A.I., na ordem de 60% (sessenta por cento) dos valores supostamente devidos pela impugnante, considerando a sua manifesta contrariedade aos princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco.

Finalizou a peça de defesa formulando os seguintes pedidos:

- a) Determinar, até julgamento definitivo do presente, a suspensão da exigibilidade das obrigações contidas no A.I., relativamente aos pretensos créditos de ICMS/ST e multas, nos termos do art. 151, III, do CTN, à luz das decisões proferidas pelo STJ e da Súmula 431 da mencionada Corte;
- b) Que no mérito seja acolhida a impugnação, determinando-se o imediato cancelamento dos lançamentos consubstanciados no A.I. e de todas as exigências nele contidas, bem como a inexistência das relações jurídicas relativamente à alegada exigência de ICMS, decretando-se definitivamente o cancelamento da autuação;
- c) Quando menos, se remotamente não for declarada a nulidade integral dos lançamentos, que se proceda a redução da base de cálculo utilizada, observando-se os redutores previsto s na cláusula primeira do Convênio ICMS 34/06;
- d) Em qualquer hipótese, que seja acolhido o pleito de cancelamento das penalidades impostas, para exclusão dos gravames ou quando menos a redução das multas, em atendimento aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco.

Por fim a defesa afirma que poderá demonstrar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a documental, bem como a pericial, protestando pelo requerimento das mesmas em momento processual oportuno,

Foi prestada informação fiscal em 16/09/2016, peça juntada às fls. 177 a 180 do PAF.

Afirma o autuante que a disposição do Conv. ICMS 76/94 que trata da base de cálculo do imposto nas operações sujeitas ao ICMS-ST quando se referem ao preço sugerido por órgão competente para venda a consumidor, estão tratando da ANVISA, que é uma autarquia da administração pública indireta cuja finalidade é executar serviços que interessa à coletividade. Disse ainda que o cidadão que deseja consultar o preço máximo do medicamento nas farmácias e drogarias, pode consultar a lista de preços da CMED que alterou o seu formato, ordenando os medicamentos por princípio ativo, forma farmacêutica e concentração. Salientou que a tabela utilizada na ação fiscal foi a da ANVISA e que a citação da ABCFARMA foi meramente casual sem comprometer a materialidade do fato gerador do ICMS.

Refutou a tese da pauta fiscal afirmando que o STF, através da ADI (Ação Direta de Constitucionalidade), nº 1.851-4, Relator Ministro Ilmar Galvão, declarou a constitucionalidade da utilização das pautas fiscais. Juntou ainda na peça informativa, às fls. 201 a 221 a tese de Mestrado de autoria de Flávia Frosi em defesa da aplicação das pautas fiscais no ICMS, afastando assim a tese defensiva de infringência aos princípios da legalidade e tipicidade cerrada.

Finalizou sua intervenção no processo pedindo que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

VOTO

O Auto de Infração em lide versa sobre a exigência de ICMS por substituição tributária (ICMS-ST), nas operações com medicamentos da linha humana, em operações interestaduais, regidas pelo Conv. ICMS nº 76/94 e disposições da legislação interna do Estado da Bahia A empresa adquirente, ora autuada, desenvolve atividade de comércio varejista de produtos farmacêuticos, com manipulação de fórmulas.

O cerne da controvérsia gravita em torno da infração 01 que envolve a apuração da base de cálculo do ICMS-ST, defendendo a empresa a aplicação do valor da operação e o autuante o uso

do PMC (preço máximo de venda a consumidor), informado pelos fabricantes de medicamentos através da entidade representativa do setor (ABCFARMA/ANVISA).

No mérito, a impugnação interposta pelo sujeito passivo, em síntese, consiste em aduzir ser ilegal a base de cálculo utilizada para apuração do imposto exigido, formada a partir dos Preços Máximos de Venda ao Consumidor (PMC), divulgados pela Revista ABCFARMA, por violar o princípio da reserva legal e da regra matriz de incidência do ICMS (art. 8º, §§ 2º e 3º da LC 87/96), princípio da tipicidade tributária, princípio da separação dos poderes na elaboração das normas tributárias e a vedação de uso das pautas fiscais para a fixação da base de cálculo do ICMS/ST.

Da análise das razões defensivas, constato que as mesmas são incapazes de modificar o lançamento de ofício, a qual se encontra devidamente fundamentada, uma vez que:

1. O art. 11 da Lei nº. 7.014/96 dispõe que *“Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento”*. Por sua vez, o art. 353, II, item 13, do RICMS/BA, e art. 289, Anexo I, do RICMS/12 prevê a substituição tributária por antecipação nas saídas internas para os produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário.
2. Em harmonia com tais dispositivos, o art. 61, § 2º do RICMS/97 e art. 289, § 10, inc. III, explicita que a determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária de produtos farmacêuticos especificados no item 13 do inc. II do art. 353 e no Anexo I do RICMS/12 será feita em consonância com o Convênio ICMS 76/94 e suas alterações posteriores.
3. Já o Convênio ICMS 76/94, em sua cláusula segunda, prevê que 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. Por outro lado, o § 1º da cláusula segunda determina que inexistindo o valor de que trata o “caput”, a base de cálculo será obtida tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do IPI, o frete e/ou frete até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas apresentadas. Importante ressaltar, mais uma vez, que as disposições do citado Convênio, quanto à determinação da base de cálculo do ICMS-ST, foram incorporadas à legislação interna do Estado da Bahia, conforme destacado linhas acima (itens 1 e 2).
4. É notório que os medicamentos de uso humano possuem preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme revista da ABCFARMA, por exigência da CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos), consoante Lei nº 10.742/2003, os quais equivalem ao preço máximo oficial permitido pelo Governo Federal, fixado por conduto de resoluções, nas quais são indicados os divisores variáveis vigentes para cada período, qualidade que habilita na composição da base de cálculo em questão, nos exatos termos prescritos pela LC 87/96, cujo valor máximo fixado para comercialização pode vir a não corresponder exatamente ao preço praticado no mercado, sendo-lhe inferior ou superior, porém, em qualquer hipótese, encerra-se a fase de tributação da mercadoria, nos termos do art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 7.014/96, sendo assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar, consoante art. 12 do citado diploma legal.
5. Tal mecanismo, é importante registrar, não se identifica, em absoluto, com a instituição de pauta fiscal, pois não se trata de uma operação presente, mas sim diante de operações futuras, cujos elementos quantitativos são desconhecidos, tendo, assim, que ser estimados por

presunção, o que é inerente à própria sistemática da substituição tributária, pois indispensável à sua viabilização.

6. É de se ressaltar ainda que a base de cálculo do ICMS-ST sofre redução de 10% (dez por cento), contemplando exatamente as possíveis divergências que possam ocorrer entre o valor sugerido pelos fabricantes e o preço efetivamente praticado na venda a varejo, em razão de descontos, abatimentos, promoções etc.

Assim, diante do exposto, conclui-se que a base de cálculo, definida na lei, para medicamentos, é preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial e divulgado ao público. No caso concreto, a base de cálculo utilizada pela empresa autuada foi inferior à prevista na norma legal, configurando-se a infração quando da emissão das notas fiscais que acobertaram as operações de remessa de medicamentos para o Estado da Bahia, situação, em que é devido o imposto pela empresa adquirente dos produtos farmacêuticos, na condição de farmácia ou drogaria, já que não houve retenção do ICMS na unidade federada de origem as mercadorias, por força de norma prevista em acordo interestadual, firmado no âmbito do CONFAZ entre as unidades federadas envolvidas na operação.

Somente em caso de inexistir aquele valor, ou seja – o PMC, é que a base de cálculo será obtida, tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista (valor da operação), neste preço, incluídos o valor do IPI, o frete e/ou frete até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas apresentadas no próprio Convênio ICMS nº 76/94, consoante § 1º da referida cláusula segunda.

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.

A título de exemplo reproduzo trechos do voto da lavra da então Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, a respeito da adoção do preço sugerido pelos fabricantes e constante em revistas especializadas como a ABCFARMA (Acórdão CJF nº 0437-11/08):

No que pertine ao Recurso Voluntário, quanto ao seu mérito, entendemos que a tese central do contribuinte no que toca à infração descrita no item 1 da autuação, gira em torno da inaplicabilidade das tabelas de preços fornecidas pelos estabelecimentos industriais, publicadas em revistas farmacêuticas. No entanto, esta matéria já é assente neste Conselho de Fazenda, sendo pacífico o acatamento das referidas tabelas como fonte para a apuração da base de cálculo nas operações com produtos farmacêuticos, devendo, assim ser mantida a Decisão recorrida.

A exigência fiscal em tela tem respaldo na legislação que rege a substituição tributária nas operações com medicamentos, e está respaldada na Lei Complementar nº 87/96, no Convênio ICMS 76/94 e na Lei nº 7.014/96, em seu art. 23, §§ 2º e 3º. No que toca à base de cálculo da substituição tributária, efetivamente a que deve ser aplicada nas operações em tela é aquela prevista no Convênio ICMS 76/94, em sua Cláusula Segunda, caput, abaixo transcrito:

“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.

Ressalte-se que as exigências fiscais referem-se a fatos geradores dos exercícios de 1997 e 1998, portanto, devemos nos reportar à legislação então vigente. Assim, o órgão competente para definir os preços dos produtos farmacêuticos da linha humana é a Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda, que através da Portaria nº 37/92, de 11.05.92, estabeleceu os parâmetros para definição do preço máximo ao consumidor a ser adotado pelos fabricantes de medicamentos, no § 1º do art. 2º, “in verbis”:

“§ 1º - O preço máximo ao consumidor para os produtos a que se refere o CAPUT deste artigo será calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e será único em todo o território nacional”.

Efetivamente a multicitada Portaria ainda determina que as unidades de comércio varejista deverão manter a disposição dos consumidores as listas de preços máximos ao consumidor, listas estas que serão elaboradas a partir das informações dos laboratórios dos seus preços, preços estes que serão divididos pelo percentual de 0,7 (zero vírgula sete) acima mencionado, chegando-se ao preço máximo de venda.

Assim, não merecem guarida as alegações do recorrente de que as referidas listas de preços de medicamentos não são divulgadas publicamente, tratando-se de tabelas veiculadas em revistas editadas por associações, cuja distribuição se restringe aos seus associados, não estando o recorrente obrigado a associar-se a qualquer delas, ou que a falta de divulgação dos preços máximos de venda em meio acessível a todo o público impossibilita a aplicação do critério previsto no caput da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, já que a fixação dos preços como base de cálculo da substituição tributária independe desta publicação, visto que a Portaria nº 37/92 já define como se chegará a este preço, conforme se depreende da simples leitura do dispositivo retrotranscrito.

Assim é argumento falacioso dizer-se que como as referidas tabelas são elaboradas pelos fabricantes de medicamentos e não são de conhecimento do público, não poderia o recorrente aplicar a regra do caput da Cláusula segunda do convênio multicitado, pois como adquirente/ distribuidor dos produtos em referência o recorrente tem pleno conhecimento do preço praticado pelos fabricantes – devidamente consignado no documento fiscal de aquisição – e a partir dele poderia, sem a necessidade das tabelas, calcular o preço máximo ao consumidor aplicável, obtido através da regra citada acima, disposta na Portaria nº 37/92.

Reforce-se que a referida Portaria Ministerial nº 37/92 elevou as listas em apreço à categoria de preço sugerido pelo órgão competente, já que essa norma impositiva estabelece a forma de proceder ao cálculo para chegar-se a tais preços. Portanto, as listas publicadas pelas entidades referenciadas não são preços sugeridos livremente, pois de fato revelam a limitação da margem de comercialização, segundo os ditames do § 1º da Portaria Ministerial nº 37/92.

Podem ser citadas também diversas decisões no mesmo sentido, 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.

Por sua vez, os pareceres e decisões judiciais colacionadas 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.

Cabe agora enfrentarmos os argumentos defensivos relacionados à aplicação das disposições do Conv. ICMS nº 34/2006, que contempla a redução da base de cálculo do ICMS devido no Estado de origem no percentual de 9,34%.

Conforme enfatizou corretamente o autuante, na fase de informação fiscal, a referida redução não deve ser aplicada ao caso em exame, uma vez que no valor do PMC já foram 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, nos termos dos artigos 5º das Resoluções CMED nº 02 de 12/03/2012 e nº 02 de 03/04/2013. Portanto, para os casos onde existam PMC a única redução da base de cálculo aplicável é a de 10%, conforme art. 268, VIII do RICMS-BA/2012 – Decreto 13.780/12 e conforme art. 61, §2º, I do RICMS-BA/1997 – Decreto nº 6.284/97, ambos combinados com § 5º da Cláusula 2ª do Convênio ICMS 76/94.

Por sua vez, 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 Cláusula 2ª 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 não sendo possível aplicar cumulativamente mais esta redução na base de cálculo da substituição tributária, visto que, para obtenção desta (B. C. da S.T.) são utilizadas as MVA's, constantes no item 32 do Anexo 1 do RICMS BA – Decreto 13.780/12, cujas listas negativas, positivas e neutras, já estão ajustadas para expurgar da base de cálculo do ICMS da substituição tributária as contribuições federais PIS/PASEP e COFINS.

Já o conceito de lista é aplicável aos medicamentos e determina a tributação de PIS/COFINS que vai ser aplicada ao medicamento. Todos os medicamentos hoje já têm a sua lista definida antes de sair da indústria farmacêutica, pois é obrigação da indústria classificar o medicamento antes de seu lançamento, de forma que:

Lista Positiva – Define que o medicamento é isento de PIS/COFINS;

Lista Negativa – o Medicamento sofre tributação monofásica, ou seja, uma só fase de pagamento, onde somente a indústria ou importador paga o PIS/COFINS e o restante da cadeia como distribuidor e varejo não precisa pagar mais o tributo sobre o medicamento.

Lista Neutra – Na lista neutra a aplicação da tributação do PIS/COFINS é normal, dentro do sistema de crédito na compra e débito na venda.

A utilização, caso concreto, da redução de 9,34% (Convênio ICMS 34/06) na base de cálculo do ICMS incidente nas operações próprias, promovida pelo industrial ou importador, dos produtos da lista negativa, acarretaria para o adquirente da mercadoria em aumento do ICMS a recolher da substituição tributária, como consequência direta da redução do crédito do ICMS da operação própria destes mesmos produtos da lista negativa.

No tocante à penalidade de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto exigido, afasto também argumentos defensivos relacionados com o cancelamento ou redução da referida multa com espeque nos princípios do não confisco, positivado no art. 150, inc. IV, da CF/88. Isto porque não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Frente ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **272041.0344/15-0**, lavrado contra **IRMÃOS MATTAR & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$100.282,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2016.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO / RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR