

PROCESSO - A. I. Nº 269369.0056/16-7
RECORRENTE - IRMÃOS MATTAR E CIA. LTDA. (DROGARIA, DRUGSTORE E FARMACIA INDIANA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0012-03/17
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0259-12/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO PROCEDENTE DE ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO OU PROTOCOLO) PARA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA A CONSUMIDOR COMO BASE DE CÁLCULO DO ICMS. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. O levantamento fiscal foi efetuado com base nos preços de venda a consumidor publicados nas revistas do setor farmacêutico (ANVISA/ABCFARMA), 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 o pedido de cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal por incompetência legal deste Colegiado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 29/03/16 e julgado Procedente, exige ICMS no montante de R\$213.889,18, acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menos do ICMS – antecipação tributária, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, nos meses de janeiro a dezembro de 2014.

Na Decisão proferida (fls. 90/94), a 3ª JJF fundamentou sua Decisão com o seguinte voto:

“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 autuado, desenvolve atividade de comércio varejista de produtos farmacêuticos,

De acordo com os documentos que compõem o Auto de Infração observo que a fiscalização utilizou para o cálculo da antecipação tributária das aquisições na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, o preço máximo de venda sugerido pela tabela ABCFARMA.

A controvérsia restringe-se à metodologia a ser utilizada uma vez que no entender do autuado deveria ser aplicado o valor da operação. Argumenta em síntese 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, o que implicaria, no seu entender a aplicação de uma pauta fiscal para a fixação da base de cálculo do ICMS/ST, afirmando que tal prática é vedada pelos Tribunais Pátrios.

Discordo deste entendimento pois a exigência fiscal, diferentemente do quanto arguido pelo autuado, não procedeu ao lançamento tomando como base o valor de pauta fiscal e, sim, aquele previsto pela legislação

tributária em vigor, e está em consonância com o previsto na Lei Complementar nº 87/96, Art. 8º, § 3º; Lei nº 7.014/96, Arts. 8º e 23, § 3º do RICMS/BA-2012, Art. 289, § 10º, além da norma constante no Anexo 1 do mencionado regulamento, em seu item 32s decisões mencionadas pela defesa não possuem efeito vinculante.

Dito isto, verifico que em relação a questão debatida, este órgão julgador administrativo vem enfrentando matéria absolutamente idêntica à presente, inclusive em relação ao mesmo autuado, conforme se verifica através do Acórdãos nº JJF 0069-05, proferido pela 5ª Junta de Julgamento, cuja Decisão foi mantida, por maioria, na 2ª Instância de Julgamento, conforme o Acórdão nº 234-11/16, a seguir transcrito:

“VOTO

O presente Recurso Voluntário objetiva a reapreciação da Decisão de primeira instância que julgou Procedente o Auto de Infração.

Em sede recursal, o Recorrente questiona a adoção da Margem de Valor Adicionado (MVA) ao invés do Preço Máximo ao Consumidor (PMC), assim como a utilização da tabela da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA) publicada pelo CMED. Aduz, ainda, a prática da pauta fiscal por parte do Fisco e a competência do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda para a instituição de valores.

Ocorre que, em consonância com o entendimento do auditor fiscal, trazido na informação fiscal de fls. 48 a 57, e mantido pela Decisão de 1ª Instância, o entendimento trazido pelo Recorrente desconsiderou que o lançamento fiscal foi realizado com base nos art. 23, §3º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289, §10, III do RICMS/12, que são claros ao atestar que, havendo preço único ou máximo de venda fixado pelo fabricante ou importador, há que se aplicar como base de cálculo para fins de substituição tributária o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido por órgão competente.

Quanto ao questionamento em relação à competência da estipulação dos valores, a ABCFARMA é o veículo autorizado pela ANVISA para divulgação da lista de preços de medicamentos a nível nacional. Assim, incabível seria a utilização de MVA, já que há preço (único ou máximo) estipulado e fornecido. Inclusive, nosso próprio ordenamento jurídico já reconheceu a aceitação das listas da ABCFARMA como base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, inexistindo, deste modo, pauta fiscal. Vejamos:

Em relação à redução da base de cálculo com a aplicação do Convênio ICMS 34/06, não há que se falar em erro na quantificação do crédito, vez que o cálculo da PMC foi realizado considerando as bases estipuladas nas Resoluções do CMED apresentadas na informação fiscal (fl. 53 e 54). Ademais, a aplicação da redução de 9,34% não seria possível, já que na obtenção do PMC já foram considerados os índices das listas positivas, negativas e neutras. Deste modo, a única redução aplicável seria a de 10%, conforme art. 268, VIII do RICMS/12 e o entendimento da Cláusula 2º do Convênio ICMS 76/94, apontados pelo auditor fiscal, não sendo possível aplicar mais uma redução à base de cálculo da substituição tributária.

No que pertine ao questionamento da multa e seu caráter confiscatório, conforme art. 42, II da Lei nº 7.014/96, este órgão é incompetente para se manifestar sobre a constitucionalidade da multa aplicada.

Por fim, e por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão Recorrida.”

Dessa forma, conforme acima exposto, a autuação está respaldada em norma legal, não encontrando amparo, como já dito, o argumento defensivo de que o cálculo foi feito com base em pauta fiscal. Portanto, quando utilizado o PMC para obtenção da base de cálculo do ICMS a redução prevista pelo Convênio ICMS 34/06 não deve ser aplicada, 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, nos termos dos artigos 5º das Resoluções CMED.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 104/145) o Recorrente inicialmente ressalta a tempestividade do Recurso, comenta sobre as infrações e sobre a Decisão da 3ª JJF e, em seguida, passa a discorrer sobre a autuação.

Destaca que atua no segmento de “Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas”, e que a Fiscalização pretende exigir o ICMS/ST que teria deixado de recolher quando da aquisição de produtos farmacêuticos, sob o fundamento de que não foram utilizados os Preços Máximos de Venda ao Consumidor sugeridos pela ABCFARMA, nos termos do artigo 8º da Lei n.º 7.014/96 c/c o art. 294 do RICMS/BA.

Salienta que “a *Decisão do lançamento, embora tenha sustentado que não foi utilizado o sistema de pauta fiscal para lançamento dos alegados créditos, pontifica tratar-se a hipótese concreta de constituição de crédito tributário de ICMS/ST. A Decisão admite que a d. Fiscalização tomou por base do lançamento a Tabela de Preços Máximos de Venda editada pela entidade privada ABCFARMA, que corresponde à adoção de pauta fiscal para constituição de crédito tributário. Confira-se nesse sentido a cominação da infração e o entendimento da d. Fiscalização:*”

Em seguida transcreve parte do voto da Decisão recorrida.

Destaca, quanto às multas aplicadas, que o acórdão em lide julgou que não mereciam serem canceladas, tendo em vista dispositivos previstos no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

E conclui:

“Portanto, de forma geral, o AI/PTA possui por pressuposto o pretenso recolhimento a menor o ICMS/ST mediante a apuração do tributo em desconformidade aos PMC’s (Preços Máximos de Venda a Consumidor) adotados pela Administração Fazendária Baiana – Tabela da ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico).

(...)

Anuncie-se já de início que tais exigências não se sustentam à luz do princípio da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, e das limitações legais e constitucionais ao poder de tributar, tratando-se de procedimento fiscal historicamente censurado pela Jurisprudência Pátria e que, inclusive, depõe contra expressa disposição de súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça.”

Preliminarmente, suscita a NULIDADE do Auto de Infração e que a autuação não pode prevalecer, haja vista sua flagrante ilegalidade, por não haver nos autos menção precisa à infração supostamente cometida, de modo que não há como ter certeza acerca da ocorrência do fato gerador do ICMS/ST e da forma de apuração do suposto crédito.

Aduz que, assim, o Fisco ignorou suas próprias normas (o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99), asseverando que “*sem a indicação da causa encontrada pela Fiscalização para apuração dos valores autuados, o recorrente não pode se defender, haja vista as suposições acerca do motivo que a suposta irregularidade teria sido encontrada*”.

Transcreve excerto de julgado proferido pelo próprio Conselho de Fazenda do Estado da Bahia nos autos do processo administrativo fiscal oriundo do Auto de Infração nº 028924.0015/08-2, julgado NULO.

Passa a apresentar suas razões recursais quanto ao mérito da seguinte forma:

Aduz que, o Auto de Infração em lide, possui como “pano de fundo” a apuração do ICMS/ST com base na adoção dos PMC’s – Preços Máximos de Venda ao Consumidor - encontrados na Tabela da ABCFARMA, salientando que, assim, a autuação incorreu em equívoco, especificamente quanto à apuração da base de cálculo, tendo em vista o previsto no art. 8º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar nº 87/96, que transcreve.

Aponta que a autuação adotou critério diverso da Lei para a apuração do imposto, violando o Princípio da Tipicidade Tributária, ao exigir sua cobrança com base de cálculo não prevista em Lei.

Conclui, que se verifica que a apuração dos débitos possui como fundamento, não os preços finais a consumidor fixados por órgão público competente, nem tampouco, os preços informados pelo estabelecimento fabricante/importador, e sim, a Tabela de PMC’s (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editada pela ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico), isto é, ASSOCIAÇÃO PRIVADA DE COMERCIANTES, entidade sem a competência para tais fins.

Prossegue dizendo que:

E assim se afirma porque os parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC n.º 87/96 são taxativos ao disporem que a base de cálculo do ICMS/ST possui como suporte a tabela fixada pelo ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE ou o preço sugerido pelo FABRICANTE (estabelecimento industrial) ou, ainda, pelo IMPORTADOR, e não pela ASSOCIAÇÃO PRIVADA DE COMERCIANTES, cognominada ABCFARMA, cadastrada no CNPJ sob o n.º

53.375.317/0001-79.

É o que se deflui da leitura conjugada do Cartão CNPJ (DOC. 03) e do parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC n.º 87/96, cujo resgate é curial ao caso, para se ter em mente a ilegalidade dos lançamentos contidos no AI/PTA, a “contrariu sensu” das normas de regência:

(...)

Destaque-se que a própria legislação baiana, Lei Ordinária Estadual n.º 7.014/96, em seu 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-se até mesmo a utilização de tabelas fixadas por ÓRGÃO PÚBLICO, como previsto nos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC n.º 87/96.

Salienta ainda que: *“Partindo-se então do próprio entendimento do relatório fiscal, ainda na seara administrativa para cancelamento do AI/PTA e de todas as relações jurídico-tributárias nele contidas, as autuações serviram-se de VALORES SUGERIDOS PELA ABCFARMA procedimento que NÃO É NADA MAIS SENÃO UM REGIME DE PAUTA FISCAL, QUE NÃO PODE SER ACEITO.”*

Em apoio a sua tese aponta o Voto Discordante proferido no julgamento do Recurso Voluntário nos autos do processo administrativo fiscal oriundo do Auto de Infração nº 269369.0934, que se posicionou no sentido de tratar-se de regime de pauta fiscal a utilização dos preços sugeridos pela ABCFARMA, para determinação dos fatos geradores do ICMS.

Cita e transcreve Jurisprudência, legislação e doutrina sobre essa questão.

Salienta ainda que: *Assim, com base na recente Decisão do Supremo Tribunal Federal, que permite ao contribuinte substituído requerer o ressarcimento dos valores pagos a maior no regime de substituição tributária, em razão de terem as vendas sido realizadas com valor inferior à base de cálculo presumida, a autuação aqui combatida não merece prosperar, devendo ser reformada a r. Decisão de 1ª instância, para que seja cancelado o Auto de Infração.*

Alega que as normas do Convênio ICMS 76/94 relativas aos preços também foram desconsideradas, *“na medida em que estabelecem como base de cálculo do ICMS/ST os preços máximos de venda a consumidor fixados por órgão público” e, “no caso baiano, por estabelecimento fabricante ou importador, e não as INDIGITADAS PAUTAS FISCAIS erigidas pela ABCFARMA”.*

Argumenta, também, que a fiscalização *“descurou-se de observar o que diz o CONVÊNIO ICMS N.º 34/06”, no que tange à “redução da base de cálculo dos itens do setor farmacêutico em 9,04% (nove vírgula zero quatro por cento), 9,34% (nove vírgula trinta e quatro por cento) e 9,90% (nove vírgula noventa por cento) em operações interestaduais relativamente às mercadorias miradas pelo art. 1º da Lei n.º 10.147/00”.*

Por fim, destaca que, além das mencionadas e supostas infrações, foram aplicadas as multas previstas no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, que majoraram as obrigações tributárias em 60%, penalidades que desafiam os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Aduz que tais imposições pecuniárias revelam caráter confiscatório, em manifesta afronta ao que dispõe o art. 150, IV, da Constituição Federal, como já manifestaram as Cortes Superiores de Justiça.

Transcreve a jurisprudência sobre a matéria, destacando o Acórdão no Agravo de Instrumento n.º 0005166-42.2016.8.05.0000, relatado perante a Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

E, por fim, conclui requerendo o seguinte:

Ex positis, por tudo quanto alegado e demonstrado, espera e requer o recorrente de Vs. Sas. o recebimento do presente Recurso por ser cabível e tempestivo, nos termos legais, para:

- 1) determinar, até o julgamento definitivo do presente, a suspensão da exigibilidade das obrigações contidas no AI/PTA, 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 n.º 431 da mencionada Corte;*
- 2) que seja provido o presente Recurso para reconhecimento da nulidade do Auto de Infração e para o*

cancelamento dos lançamentos nele consubstanciados, bem como a inexistência das relações jurídicas relativamente às alegadas exigências de ICMS, decretando-se definitivamente o cancelamento da autuação;

- 3) *“ad argumentandum tantum”, em sendo superada a preliminar de nulidade, seja provido o Recurso para determinar a reforma da Decisão recorrida e o imediato cancelamento dos lançamentos consubstanciados no AI/PTA e de todas as exigências nele contidas, bem como a inexistência das relações jurídicas relativamente às alegadas exigências de ICMS, decretando-se definitivamente o cancelamento da autuação;*
- 4) *quando menos, se remotamente não for declarada a nulidade integral dos lançamentos, seja provido o Recurso como exposto no tópico 4.1 e 4.2, par que se proceda à redução da base de cálculo utilizada, com a aplicação dos redutores previstos na cláusula primeira do CONVÊNIO ICMS N.º 34/06;*
- 5) *em qualquer das hipóteses, seja provido o Recurso com o acolhimento do pleito de cancelamento das penalidades impostas, para invalidação dos gravames ou quando menos a redução das multas, em atendimento aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e do não confisco.*

Pede Provimento.

VOTO VENCIDO

No Recurso Voluntário interposto, observo que o recorrente argumenta, preliminarmente, sobre os aspectos formais da autuação indicando a existência de nulidade insanável, na medida que não foi identificada a natureza da infração fiscal que lhe foi atribuída, o que teria inviabilizado até mesmo a sua impugnação ao Auto de Infração, acarretando-lhe cerceamento de defesa, na contramão do devido processo legal, do contraditório e do direito à ampla defesa.

Preliminarmente, não vejo nos autos nada que justifique esse pedido, destacando-se que essa “nulidade” foi também apontada em sede de impugnação e devidamente enfrentada pela Decisão de piso, que demonstrou a existência de todos os pressupostos materiais e essenciais para a lavratura do Auto de Infração em lide, vez que obedecido o disposto no art. 39 do RPAF/99.

Ademais o Contribuinte, tanto na sua Defesa quanto no presente Recurso Voluntário, pôde apresentar suas razões defensivas de maneira precisa e minuciosa, revelando total conhecimento da infração que lhe foi imputada.

Quanto ao mérito, verifico que a questão fulcral do lançamento em comento recai sobre a metodologia que deveria ter sido adotada pelo contribuinte para determinar os preços dos produtos para a determinação da base de cálculo do ICMS por antecipação tributária.

Pois bem, em que pese a legislação posta e a prova dos autos, entendo que merece ser aplicada a tese, já pacificado na Súmula nº 431 do STJ, que diz: “É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”.

Entendo que a utilização dos valores sugeridos pela ABCFARMA não é nada mais senão um regime de pauta fiscal, que não pode ser aceito nas condições ora postas, pois não há como verificar a real ocorrência dos fatos geradores do ICMS, nos valores “sugeridos” pela referida Associação.

Neste mesmo sentido, trago à colação, voto vencido do i. Conselheiro José Antonio Marques Ribeiro, no Acórdão CJF Nº 0150-12/12, ao qual me filio:

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª JFJ deste CONSEF, acórdão 0066-01/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento nas acusações fiscais de haver o contribuinte efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados, relacionadas nos Anexos 88 e 89; e deixado de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Ainda que, especificamente, não tenha sido suscitada qualquer preliminar, vejo, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Por outra banda, constato que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos para se determinar, com segurança, a

infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, bem como não se verifica qualquer incorreção na determinação da base de cálculo do imposto que se exige.

No mérito, quanto à infração 1, que resumidamente discute a forma através da qual deveria ser determinada a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que não pode o contribuinte querer que seja aplicada a MVA para determinação da base de cálculo do tributo, pois como as operações ocorreram entre Estados não signatários do Protocolo 50/2005, a base de cálculo prevista para a infração em comento tem disposição no artigo 506-C, §2º do RICMS/BA c/c artigo 61, I, do mesmo diploma legal.

De fato, à luz da legislação tributária do Estado da Bahia, a Junta de Julgamento Fiscal tem razão quando diz que o tratamento dado às operações entre Estados não signatários do protocolo 50/2005 implica na exigência do imposto da forma como foi lavrado o Auto de Infração em apreço, ou seja, com base na “pauta fiscal”.

Em que pese ter sido aplicada a legislação do Estado da Bahia, peço vênia para discordar da forma através da qual se estabeleceu a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, e explico: Pois bem, o fato é que a “pauta fiscal” de valores é a forma através da qual se atribui, por arbitramento, valor fictício à base de cálculo do ICMS. Neste ponto é que, mesmo que a legislação baiana tenha previsão, a jurisprudência do STJ já se coloca frontalmente contra tal dispositivo, haja vista que aquele Superior Tribunal editou a Súmula de nº 431, cujo enunciado, de linguagem extremamente simples e contundente, diz:

Súmula 431 - É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Derredor do que enuncia a dita Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, vejo que a intenção se mostra absolutamente clara, e visa privilegiar o real valor das operações que se sujeitam ao ICMS, de maneira a que tais valores não sejam substituídos por outros cuja origem seja questionável ou até mesmo desatualizada, a ponto de impor prejuízos ao contribuinte de maneira geral, o que implicaria em enriquecimento sem causa por parte do Estado. Por outro lado, a rigor dos dispositivos legais que fundamentam a autuação, outros meios de definição da base de cálculo do imposto poderiam ter sido utilizados.

Isto posto, entendendo que a “Pauta Fiscal” como elemento a definir a base de cálculo do imposto a ser exigido do recorrente é imprestável e inaplicável por força do que enuncia a Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, concluo que a infração 1 não pode subsistir, eis que como constituída é nula.

Pelo exposto, vejo no presente Recurso motivo para modificar a Decisão ora recorrida, por considerar o Auto de Infração em lide Insubsistente.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, por julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em lide.

VOTO VENCEDOR

Peço venia para discordar do voto do ilustre relator.

Em seu Recurso Voluntário, o autuado requereu, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração com fulcro na seguinte argumentação, em síntese:

1. *“a base de cálculo do ICMS/ST possui como suporte a tabela fixada pelo ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE ou o preço sugerido pelo FABRICANTE (estabelecimento industrial) ou, ainda, pelo IMPORTADOR, e não pela ASSOCIAÇÃO PRIVADA DE COMERCIANTES, cognominada ABCFARMA, cadastrada no CNPJ sob o n.º 53.375.317/0001-79”;*
2. *ao utilizar o sistema de PAUTA FISCAL para eleger base de cálculo diversa dos valores médios das operações fixados pelo ÓRGÃO PÚBLICO ou sugeridos pelo FABRICANTE – ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL, a autuação incorreu em violação aos princípios da “tipicidade” e “da legalidade”, restando consagrado na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça o Verbete de n.º 431 que dispõe que “É ILEGAL A COBRANÇA DE ICMS COM BASE NO VALOR DA MERCADORIA SUBMETIDO AO REGIME DE PAUTA FISCAL”;*
3. *o lançamento de ofício inobservou a própria legislação estadual baiana pertinente ao ICMS/ST, na medida em que a Lei nº 7.014/96, em seu 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-se até mesmo a utilização de tabelas fixadas*

por ÓRGÃO PÚBLICO, como previsto nos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC n.º 87/96”;

4. não sendo a ABCFARMA, FABRICANTE (estabelecimento industrial), ou IMPORTADOR, como exige o art. 23, II, §3º, da Lei Ordinária n.º 7.014/96, mas mera agremiação de COMERCIANTES, todos os documentos produzidos ou veiculados pela entidade, a exemplo de tabelas de preços máximos de venda a consumidor, não podem ser utilizados pelo Estado da Bahia como base de cálculo do ICMS/ST, em atenção ao princípio da tipicidade tributária;
5. mesmo que se lastreie no art. 61, inciso I, do RICMS/97, as tabelas de preços máximos editadas por autoridade competente não foram autorizadas pelo art. 23, II, §3º da Lei n.º 7.014/96, que credencia apenas os preços máximos fixados pelos FABRICANTES ou IMPORTADORES;
6. a fiscalização violou os princípios da legalidade e da reserva de lei complementar ao utilizar o sistema de pauta fiscal ditada pela associação comercial ABCFARMA.

Verifico que, nos presentes autos, o ICMS, relativo às aquisições oriundas de outras unidades da Federação, foi lançado pelo fato de o contribuinte estar inscrito na condição de “farmácia, drogaria ou casa de produto natural” e de não ter sido recolhido todo o imposto devido por substituição tributária.

Para a apuração da base de cálculo de cada produto foi adotado o Preço Máximo de Venda a Consumidor (PMC) constante na Tabela ABCFARMA, tudo de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante e apensados aos autos.

Nos demonstrativos acima referidos, a autoridade lançadora indicou a data, a nota fiscal, o estabelecimento de origem, a descrição de cada mercadoria e os valores do PMC, deixando clara a forma de apuração do tributo. Além disso, os fatos acusatórios encontram-se perfeitamente descritos, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Quanto às alegações do recorrente acima elencadas, para se chegar a um convencimento sobre a matéria, faz-se necessário uma análise sobre o que previa a legislação à época dos fatos geradores (janeiro a dezembro de 2014), o que é feito em seguida.

Inicialmente, ressalto que os estabelecimentos inscritos na condição de farmácia, drogaria e casa de produtos naturais, estão obrigados a proceder ao recolhimento do ICMS, por antecipação, nas aquisições de produtos **não** enquadrados na substituição tributária, em face da autorização contida no §9º do artigo 8º da Lei nº 7.014/96 e da previsão do artigo 294 do RICMS/12, utilizando-se, nesta hipótese, a Margem de Valor Agregado (MVA) de 20% para a apuração da base de cálculo do tributo, conforme estipulado no inciso VII do §17 do artigo 289 do mesmo RICMS/12. Confira-se:

LEI Nº 7.014/96:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

§ 9º O regulamento poderá exigir o recolhimento do ICMS por antecipação tributária nas aquisições efetuadas por contribuinte que exerça determinada atividade econômica, ainda que as mercadorias não estejam enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária.

RICMS/12:

Art. 294. As farmácias, drogarias e casas de produtos naturais farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária, devendo, em relação a essas mercadorias, utilizar a margem de valor agregado. (Redação com efeitos a partir de 01/04/12 até 31/12/15)

I - de 100% (cem por cento), tratando-se de aquisições de insumos para manipulação de produtos no estabelecimento;

II - estipulada no § 17 do art. 289, nas aquisições para revenda. (grifos não originais)

...

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.

(...)

§ 17. Os percentuais de lucro nas operações internas para antecipação ou substituição tributária nas operações com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação são os seguintes, devendo ser efetuado o ajuste deste percentual nas hipóteses de operações interestaduais nos termos do § 14 deste artigo.

I – gêneros alimentícios: 15% (MVA ST original);

II – confecções, perfumarias, artigos de armarinho, artefatos de tecidos e mercadorias semelhantes: 20% (MVA ST original);

III – tecidos: 20% (MVA ST original);

IV – ferragens, louças, vidros e materiais elétricos: 20% (MVA ST original);

V – eletrodomésticos, móveis, aparelhos eletrônicos e material de informática: 25% (MVA ST original).

VI – jóias, relógios e objetos de arte: 30% (MVA ST original);

VII – outras mercadorias: 20% (MVA ST original).

Em relação às aquisições interestaduais de produtos, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim entre a Bahia e as demais unidades federativas, de acordo com o disposto no artigo 10 da Lei nº 7.014/96 e, no caso dos medicamentos, existe um Convênio que disciplina as operações interestaduais, o Convênio ICMS 76/94 que “dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos”, cabendo a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS, tanto ao remetente quanto ao destinatário das mercadorias, a depender, em princípio, se as unidades federadas envolvidas na operação são, ou não, signatárias do mencionado acordo.

Na situação *sub examine*, percebe-se, pelos papéis de trabalho acostados pelo autuante, que os medicamentos foram adquiridos, por transferência, pelo recorrente junto à filial localizada no Estado de Minas Gerais, unidade federativa não mais signatária do referido Convênio desde que o denunciou, em 01/01/05, por meio do Despacho 03/05. Dessa maneira, competia efetivamente ao destinatário dos produtos (o autuado) a responsabilidade pelo pagamento do ICMS por antecipação, nas entradas dos medicamentos em seu estabelecimento. É o que prevê a alínea “a” do §4º do artigo 8º da Lei nº 7.014/96, a seguir reproduzido:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembaraço aduaneiro, tratando-se de:

a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;

ANEXO I
MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA
POR ANTECIPAÇÃO

ITEM E	MERCADORIAS	SUBITEM
1	Cigarros, cigarrilhas, charutos e fumos industrializados	
15	Vacinas, soros e medicamentos de uso não-veterinário, inclusive derivados de plantas medicinais, absorventes higiênicos, fraldas, mamadeiras, bicos, gaze, algodão, atadura, esparadrapo, preservativos, seringas, escovas, pastas dentífricas, provitaminas, vitaminas, contraceptivos, agulhas para seringas e outros produtos semelhantes, desde que também sujeitos a substituição tributária nas operações interestaduais por força de acordos específicos com as demais unidades da Federação	

A base de cálculo do imposto estadual, devida para fins de substituição tributária, na hipótese de aquisição de medicamentos, **em regra**, deve ser apurada com base no preço único ou máximo de venda fixado pelo órgão público competente ou sugerido pelo fabricante ou importador, conforme previsto nos §§ 2º e 3º do artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96, na Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e nos §§ 2º e 3º do artigo 23 da Lei estadual nº 7.014/96.

Assim, ao contrário do que preconiza o recorrente, a Margem de Valor Agregado (MVA) somente pode ser aplicada por exclusão, isto é, caso não exista preço final ao consumidor, único ou máximo, fixado por órgão público competente ou sugerido pelo fabricante ou importador. Confirmam-se os dispositivos legais citados:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

(...)

§ 2º *Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.*

§ 3º *Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.* (grifos não originais)

Convênio ICMS 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.*

Lei estadual nº 7.014/96:

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

(...)

§ 2º *Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.*

§ 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.* (grifos não originais)

Além disso, há de se salientar que, quanto aos medicamentos, o inciso III do §10 do artigo 289 do RICMS/12, a seguir transcrito, estabelece, peremptoriamente, que a base de cálculo da substituição tributária “*será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador*”.

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:*

(...)

III - medicamentos;

No caso específico de medicamentos, existe, a meu ver, um órgão público competente para fixar

os preços de produtos farmacêuticos. Trata-se da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) criada pela Lei federal nº 10.742, de 06 de outubro de 2003, que prevê o seguinte, em seus artigos 5º e 6º:

Art. 5º Fica criada a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, do Conselho de Governo, que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor.

Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

(...)

II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;

Com fulcro na competência atribuída legalmente, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) edita anualmente resoluções com o objetivo de ajustar os preços dos medicamentos, fixando o Preço Máximo ao Consumidor (PMC).

Na hipótese destes autos, estavam em vigor, à época dos fatos geradores, a Resolução nº 2, de 03 de abril de 2013; a Resolução nº 2, de 12 de março de 2014, estabelecendo a forma de cálculo do Preço Máximo ao Consumidor – PMC e determinando às empresas produtoras que dessem “*ampla publicidade aos preços de seus medicamentos, por meio de publicações especializadas de grande circulação*”. Veja-se:

Resolução nº 2, de 03 de abril de 2013:

Art. 5º O Preço Máximo ao Consumidor - PMC será obtido por meio da divisão do Preço Fabricante - PF pelos fatores constantes da tabela abaixo, observadas as cargas tributárias do ICMS praticadas nos Estados de destino e a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, conforme o disposto na Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2001.

ICMS	Lista Positiva	Lista Negativa	Lista Neutra
19%	0,7234	0,7523	0,7071
18%	0,7234	0,7519	0,7073
17%	0,7234	0,7515	0,7075
12%	0,7234	0,7499	0,7084
0%	0,7234	0,7465	0,7103

(...)

Art. 7º As empresas produtoras deverão dar ampla publicidade aos preços de seus medicamentos, por meio de publicações especializadas de grande circulação.

Resolução nº 2, de 12 de março de 2014:

Art. 5º O Preço Máximo ao Consumidor - PMC será obtido por meio da divisão do Preço Fabricante - PF pelos fatores constantes da tabela abaixo, observadas as cargas tributárias do ICMS praticadas nos Estados de destino e a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, conforme o disposto na Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000.

ICMS	Lista Positiva	Lista Negativa	Lista Neutra
19%	0,7234	0,7523	0,7071
18%	0,7234	0,7519	0,7073
17%	0,7234	0,7515	0,7075
12%	0,7234	0,7499	0,7084
0%	0,7234	0,7465	0,7103

(...)

Art. 7º As empresas produtoras deverão dar ampla publicidade aos preços de seus medicamentos, por meio de publicações especializadas de grande circulação.

Conclui-se, assim, que, existindo órgão público competente para fixar o preço, único ou máximo, ao consumidor, deve este ser adotado, não se tratando de pauta fiscal, como alegado pelo contribuinte.

Vale observar, ainda, que a publicação das listas de preços de medicamentos em revistas especializadas como a da ABCFARMA, nada mais é do que uma obrigação imposta, aos fabricantes ou importadores de medicamentos, pelas Resoluções acima transcritas, e não uma

responsabilidade atribuída à Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA), como quer fazer crer o recorrente.

Não obstante, ainda que se entenda que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) não é órgão público competente para fixar preços de produtos farmacêuticos, os preços máximos divulgados em revistas como a da ABCFARMA são aqueles efetivamente sugeridos pelas empresas produtoras (fabricantes e importadores) e, portanto, devem ser adotados para a apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, nos termos da autorização contida no §3º do artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96 e no §3º do artigo 23 da Lei estadual nº 7.014/96, bem como na disposição do inciso III do §10 do artigo 289 do RICMS/12.

Em consequência de todo o exposto, deve ser afastado o pedido do recorrente para que se declare a nulidade do lançamento de ofício, por restar patente que a Tabela da ABCFARMA nada mais é do que a publicação dos preços de venda a consumidor final sugeridos pelos próprios fabricantes dos medicamentos e não uma responsabilidade da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, não se revestindo, tais preços, da condição de pautas fiscais, como alegado no pleito recursal.

No mérito, o recorrente argumentou que os valores constantes da Tabela ABCFARMA, a título de Preços Máximos de Venda a Consumidor, são mais elevados que o valor das operações por ele realizadas e, assim, com base na Decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 593.849, possui o direito à restituição dos valores pagos a maior no regime da substituição tributária.

Efetivamente, o STF decidiu, sob a sistemática da Repercussão Geral, que os contribuintes possuem o direito à restituição do valor de imposto pago a mais, na hipótese de o preço real de venda ser inferior àquele utilizado para calcular o ICMS devido por substituição tributária, entretanto, o acórdão não foi publicado e, portanto, ainda não há ainda uma diretriz a ser seguida em tais situações.

O contribuinte também alegou que as normas do Convênio ICMS 76/94 relativas aos preços também foram desconsideradas, “*na medida em que estabelecem como base de cálculo do ICMS/ST os preços máximos de venda a consumidor fixados por órgão público*” e, “*no caso baiano, por estabelecimento fabricante ou importador, e não as INDIGITADAS PAUTAS FISCAIS erigidas pela ABCFARMA*”.

Como já dito anteriormente neste voto, os preços máximos de venda ao consumidor são fixados por órgão público competente, com base em valores sugeridos pelos fabricantes e importadores de medicamentos, não se configurando, dessa forma, o uso de pauta fiscal por parte da autoridade lançadora, nem muito menos preços fixados pela ABCFARMA.

Após o cálculo do valor tributável, foi apurado o ICMS devido por substituição tributária e, em seguida, deduziu-se o percentual de 10% previsto no §5º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e no inciso VIII do artigo 268 do RICMS/12, a seguir reproduzidos:

Convênio ICMS 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.

(...)

§ 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).

Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

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

Por fim, o autuado alegou que a fiscalização “*descurou-se de observar o que diz o CONVÊNIO ICMS N.º 34/06*”, no que tange à “*redução da base de cálculo dos itens do setor farmacêutico em 9,04% (nove vírgula zero quatro por cento), 9,34% (nove vírgula trinta e quatro por cento) e 9,90% (nove vírgula noventa por cento) em operações interestaduais relativamente às mercadorias miradas pelo art. 1º da Lei n.º 10.147/00*”.

Observo que o Convênio ICMS 34/06 estabelece, em sua Cláusula primeira, que, nas operações interestaduais com os produtos farmacêuticos e de perfumaria e higiene pessoal, relacionados nas alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo 1º da Lei nº 10.147/00, a base de cálculo será deduzida nos percentuais ali listados (a depender da alíquota de origem), desde que tenha havido a cobrança englobada do PIS/PASEP e COFINS na respectiva operação.

A Cláusula segunda do mencionado Convênio, por sua vez, autoriza as unidades federadas a adotar, nas operações internas, os percentuais previstos de dedução “*com o fim de excluir da base de cálculo do ICMS devido pelo remetente dos produtos o valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS*”. Vejamos a redação dos dispositivos:

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 à contribuintes, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS referente às operações subseqüentes 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%;
- b) de 12% - 9,90%;
- c) de 4% - 9,04%

II - com produto de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal relacionado na alínea “b” do inciso I do “caput” do art. 1º da Lei 10.147/00, com alíquota:

- a) de 7% - 9,90%;
 - b) de 12% - 10,49%.
 - c) de 4% - 9,59%
- (...)

Cláusula segunda As unidades federadas poderão, nas operações internas, adotar a dedução de que trata este convênio, estabelecendo, de acordo com a alíquota interna aplicável, o percentual de dedução correspondente, com o fim de excluir da base de cálculo do ICMS devido pelo remetente dos produtos o valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS.

O RICMS/12, em seu artigo 266, inciso VII, c/c o §1º, também prevê tal dedução de base de cálculo, nas operações interestaduais com medicamentos e produtos de perfumaria e de higiene pessoal, da seguinte maneira:

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

(...)

VII - nas operações interestaduais com os produtos relacionados a seguir, destinados a contribuintes situados em outras unidades da federação, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS referente às operações subseqüentes cobradas englobadamente na respectiva operação (Conv. ICMS 34/06), observado o disposto nos §§ 1º ao 3º deste artigo:

a) medicamentos - 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00; (**Redação originária, efeitos até 16/06/15**)

b) de toucador ou de higiene pessoal, classificados nas posições 33.03 a 33.07 e nos códigos 3401.11.90, 3401.20.10 e 96.03.21.00; (**Redação originária, efeitos até 16/06/15**)

(...)

§ 1º A dedução a que se refere o inciso VII 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”, com alíquota de:

a) 12 % (doze por cento) - 9,90% (nove inteiros e noventa centésimos por cento);

b) 4 % (quatro por cento) - 9,04% (nove inteiros e quatro centésimos por cento);

II - com produto de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal relacionado na alínea “b”, com alíquota de:

a) 12 % (doze por cento) - 10,49% (dez inteiros e quarenta e nove centésimos por cento);

b) 4% (quatro por cento) - 9,59% (nove inteiros e cinquenta e nove centésimos por cento);

A Lei nº 10.147/00, que dispõe sobre a incidência do PIS/PASEP e da COFINS nas operações de venda de diversos produtos, determina, em seu artigo 1º, o seguinte:

Art. 1º A Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS devidas pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou à importação dos produtos classificados nas posições 30.01; 30.03, exceto no código 3003.90.56; 30.04, exceto no código 3004.90.46; e 3303.00 a 33.07, exceto na posição 33.06; nos itens 3002.10.1; 3002.10.2; 3002.10.3; 3002.20.1; 3002.20.2; 3006.30.1 e 3006.30.2; e nos códigos 3002.90.20; 3002.90.92; 3002.90.99; 3005.10.10; 3006.60.00; 3401.11.90, exceto 3401.11.90 Ex 01; 3401.20.10; e 9603.21.00; todos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas: (Redação dada pela Lei nº 12.839, de 2013)

I – incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de:

a) produtos farmacêuticos classificados nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00: 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento) e 9,9% (nove inteiros e nove décimos por cento)

b) produtos de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal, classificados nas posições 33.03 a 33.07, exceto na posição 33.06, e nos códigos 3401.11.90, exceto 3401.11.90 Ex 01, 3401.20.10 e 96.03.21.00: 2,2% (dois inteiros e dois décimos por cento) e 10,3% (dez inteiros e três décimos por cento); e (Redação dada pela Lei nº 12.839, de 2013)

Cabe esclarecer, de logo, que, em relação às mercadorias objeto deste Auto de Infração e ao PIS/COFINS sobre elas incidentes, foram estabelecidas três listas de produtos, a saber: *Positiva*, *Negativa* e *Neutra*.

A lista *Positiva* é aquela na qual os produtos nela relacionados são tributados pelo PIS/COFINS na forma prevista no inciso I do artigo 1º da Lei nº 10.147/00, ou seja, a referida tributação ocorre de maneira monofásica, mediante majoração das alíquotas da contribuição, porém o crédito presumido concedido anula sua cobrança.

Na lista *Negativa*, por seu turno, o PIS/COFINS é exigido de maneira monofásica, mas não há crédito presumido.

A lista *Neutra*, por fim, tem tributação normal, não ocorrendo a cobrança antecipada do PIS/COFINS.

O dispositivo que concede a redução da base de cálculo do ICMS que aqui se examina tem o objetivo de neutralizar a incidência das contribuições federais, quando cobradas, antecipada e englobadamente, das empresas industriais, ou seja, cobrando-se antecipadamente o PIS/COFINS incidente em todo o ciclo de industrialização e comercialização, o ICMS da operação praticada pelo industrial apresenta-se onerado por componente que não pertence àquela etapa de comercialização e, assim, a base de cálculo do imposto estadual deve ser ajustada mediante a exclusão da parcela indevida.

No caso dos produtos arrolados na chamada lista *Negativa*, o PIS/PASEP e a COFINS são cobrados na modalidade monofásica, sem concessão de crédito presumido que anule os efeitos dessa tributação, sendo legítima, neste caso, a redução da base de cálculo do ICMS.

Em relação aos produtos constantes da lista *Positiva*, o PIS/PASEP e a COFINS incidem na forma monofásica, mas se houver a concessão de crédito presumido, não há que se cogitar da redução da base de cálculo do imposto estadual.

Por fim, como os itens integrantes da lista *Neutra* não estão sujeitos à cobrança monofásica do PIS/PASEP e da COFINS, não há que se falar em redução da base de cálculo do ICMS, pois se admite a redução da base de cálculo apenas na hipótese das contribuições referentes às operações subsequentes serem cobradas englobadamente na respectiva operação.

Todavia, deve-se atentar para o fato de que, nos termos da legislação posta, a redução de base de cálculo, quando cabível, deve incidir “*sobre a base de cálculo de origem*”, e não sobre a base de cálculo da antecipação tributária, como é o caso da dedução de 10% prevista no §5º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e no inciso VIII do artigo 268 do RICMS/12, como comentado anteriormente neste voto.

Isso significa que, aplicando-se a redução do Convênio ICMS 34/06, o ICMS da operação própria do industrial será reduzido e, conseqüentemente, o valor do ICMS devido por substituição tributária será agravado, o que não pode ser admitido neste lançamento de ofício, ainda que o recorrente tenha razão em seus argumentos.

Por fim, ressalto que a multa aplicada está em consonância com a legislação para a irregularidade apontada (Lei nº 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea “d”), não competindo a este órgão julgador a sua não aplicação ou a declaração de inconstitucionalidade da lei, nos termos do artigo 125, incisos I e III, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Por último, este Colegiado não é competente para apreciar o pedido do contribuinte, de cancelamento ou redução da penalidade imposta.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo íntegra a Decisão de primeiro grau.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269369.0056/16-7** lavrado contra **IRMÃOS MATTAR E CIA. LTDA. (DROGARIA, DRUGSTORE E FARMACIA INDIANA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$213.889,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): José Carlos Barros Rodeiro, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e Paulo Sérgio Sena Dantas.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS