

A. I. N° - 269369.0056/16-7
AUTUADO - IRMÃOS MATTAR & CIA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/03/2017

3ª JUNTA DE JUGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0012-03/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO POR CONTRIBUINTE NA CONDIÇÃO DE FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. A base de cálculo do ICMS/ST – quando de responsabilidade do adquirente – deve ser calculada levando em conta os valores constantes da tabela de preços máximos de venda a consumidor final (PMC) estabelecida pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA), que leva em consideração os valores usuais praticados no mercado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 29/03/2016, formaliza a exigência do ICMS no valor de R\$213.889,18, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7014/96, em razão do 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. (INFRAÇÃO 07.06.02)

Cientificado do lançamento, o autuado ingressou com impugnação, fls. 49 a 62, onde, após efetuar uma síntese dos fatos, diz que segundo a Fiscalização, a Impugnante teria deixado de recolher a integralidade do ICMS-ST quando da aquisição de produtos farmacêuticos, sob o fundamento de que não foram utilizados os Preços Máximos de Venda a Consumidor sugeridos pela ABCFARMA, nos termos do §9º do artigo 8º da Lei Estadual nº 7.014/96 c/c artigo 294 do RICMS/BA.

Assim, o Fisco entende que a base de cálculo do ICMS-ST – quando de responsabilidade do adquirente – deve ser calculada levando-se em consideração a tabela de preços máximos de venda a consumidor final (PMC) estabelecida pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA) que levaria em consideração os valores usuais praticados no mercado. Entretanto, diz não ser correta a interpretação dos dispositivos legais que fundamentam a exigência fiscal, uma vez que a tabela utilizada pela Fiscalização, divulgada pela ABCFARMA, não é índice oficial, mas mera sugestão de preços máximos.

Acrescenta que em momento algum, a Legislação, seja esta Federal ou Estadual, outorga competência à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) - veicula a tabela divulgada pela ABCFARMA – para fixar base de cálculo tributária.

Cita e transcreve os artigos 5º, 6º da Lei nº 10.742/2003, que estabelece normas de regulação do setor farmacêutico e cria a CMED concluindo que a Câmara de Regulação do Mercado de

Medicamentos não possui competência para fixar a base de cálculo para incidência da tributação sobre os medicamentos.

Pontua que os artigos 6º, 8º e 9º da Lei Complementar nº 87/96 preveem e regulam o regime de substituição tributária, valendo destacar a necessidade de celebração de acordo específico entre os Estados interessados para a instituição do regime de substituição tributária, que, no caso, é o Convênio ICMS nº 76/1994, em sua Cláusula segunda, que transcreve.

Com base nos argumentos expostos pontua que dentre as competências da CMED não se insere a de fixar a base de cálculo do ICMS das operações submetidas ao regime de substituição tributária, acrescentando que tanto a Lei Complementar nº 87/96, como o Convênio ICMS 76/1994, não determinam que a base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária subsequente (ou “para a frente”), incida sobre o preço máximo de venda ao consumidor, mas, sim, sobre o preço final ao consumidor sugerido pelo fabricante.

Na sequência diz que se mostra descabida a adoção do PMC sugerido pela CMED como base de cálculo do tributo incidente quando realizada a substituição tributária, porquanto, ao assim atuar, a Fiscalização está praticando pauta fiscal, o que é vedado pelos Tribunais Pátrios. Transcreve decisões do STJ a este respeito. Frisa ainda que o Superior Tribunal de Justiça não admite a cobrança de ICMS baseada em pauta fiscal, nem mesmo para fins de substituição tributária, conforme resta claramente explicitado no acórdão que transcreveu, mencionando, ainda, a Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça.

Conclui pontuando que como a CMED não é órgão oficial que detenha competência para fixar parâmetros definidores da base de cálculo do ICMS, deve-se reconhecer a validade da adoção da MVA que praticou, e, por consequência, que seja cancelado o presente Auto de Infração.

Fala sobre a inobservância da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS nº 34/06, pontuando que caso se entenda pela possibilidade de adoção de pauta fiscal para lançamento do ICMS/ST, deve-se reconhecer a improcedência parcial do lançamento fiscal por erro na quantificação do crédito tributário, uma vez que não foram observadas 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 Art. 1º da Lei nº 10.147/00, afirmando que, como no presente caso o estabelecimento destinatário está localizado na Bahia, deve-se aplicar o redutor de 9,34%, uma vez que a alíquota interestadual, neste caso, é de 7%.

Sustenta que isso não foi observado pela Fiscalização, atestando o erro na quantificação do crédito tributário e respectivos consectários legais, devendo ser reformado em parte o Auto de Infração.

Passou em seguida a arguir a confiscatoriedade da multa de ofício na ordem de 60% dos valores que supostamente devidos, considerando a sua manifesta contrariedade aos princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco. Cita e transcreve o Art. 150, inciso IV da CF/88 além de jurisprudência do STF a este respeito, sustentando que, neste sentido, deve ser anulado o lançamento fiscal em relação à aplicação da multa ou, quando menos, ser reduzido o montante da sanção pecuniária para o percentual máximo de 30%, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que transcreveu.

Finalizou a peça de defesa formulando os seguintes pedidos:

a) cancelamento do Auto de Infração uma vez que o Preço Máximo a Consumidor Final (PMC) não serve de parâmetro para fixação da base de cálculo do ICMS-ST, sob pena de violação à Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça.

b) caso seja mantido o lançamento fiscal, requer seja reformulado o crédito tributário, mediante a aplicação do redutor de 9,34%, previsto na alínea “a” do inciso I do §1º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 34/2006.

c) seja reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade das multas exigidas pela Fiscalização, em função da afronta os princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco em relação à aplicação da penalidade de 60% (sessenta por cento) ou, quando menos, que a multa seja reduzida no percentual máximo de 30% (trinta por cento), de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O autuante presta informação fiscal, fls. 68 a 76, e se manifesta discordando dos argumentos da autuada no que diz respeito a utilização dos Preços Máximos de Venda a Consumidor sugeridos pela ABCFARMA para fins de base de cálculo do ICMS-ST. Afirma 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 conforme os dispositivos que reproduziu:

Refutou a tese de erro na quantificação do crédito tributário afirmando que não foram observadas pela Fiscalização as regras previstas no Convênio nº ICMS 34/06 com os seguintes argumentos:

Quando ao argumento de que foi utilizado o “PMC para a obtenção da base de cálculo do ICMS - substituição tributária, a redução mencionada no Convênio ICMS nº 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 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 abaixo reproduzidos, 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 c/c § 5º da Cláusula 2ª do Convênio ICMS 76/94 também abaixo reproduzidos. Em segundo lugar, quando utilizadas as MVA's (Margem de Valor Adicionado), em função da inexistência do PMC para o produto, só existe a possibilidade de ser aplicada a redução de 10%, explicitada anteriormente, de acordo com o art. 268, VIII do RICMS BA/2012 - Decreto 13.780/12 c/c § 5º da Cláusula 2ª do Convênio ICMS 76/94. 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 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. Deve-se ressaltar que a utilização, neste caso, da redução de 9,34% (Convênio ICMS 34/06) na base de cálculo do ICMS das operações próprias dos produtos da lista negativa, por parte do contribuinte, acarretaria 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 que diz respeito ao questionamento de que a multa aplicada tem característica de confisco, externa o seu entendimento de que não lhe cabe analisar questão de inconstitucionalidade, nos termos do inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal.

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,

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 arguído 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 Acórdão nº JF 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269369.0056/16-7** lavrado contra **IRMÃOS MATTAR & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$213.889,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR