

A. I. Nº - 276473.0013/17-2
AUTUADO - IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA. (FARMÁCIA LETÍCIA)
AUTUANTES - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/12/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0171-01/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO DE FORA E DE DENTRO DO ESTADO. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS-ST. As farmácias, drogarias e casas de produtos naturais farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de produtos alcançados ou não pelo instituto da substituição tributária na entrada de seu estabelecimento de mercadorias para comercialização. A fiscalização utilizou a MVA na determinação da substituição tributária em relação aos produtos que assim a legislação determinava à época dos fatos geradores. Em relação aos produtos em que havia preço máximo de venda ao consumidor (PMC), utilizou-se o preço sugerido ao público através da Tabela publicada pela Revistada ABCFARMA (art. 8º, § 3º da LC 87/96). Item subsistente. Razões de defesa não foram suficientes para elidir a autuação. Afastada as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/12/2017, constitui crédito tributário no valor de R\$679.628,51, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 09 a 23 dos autos, com CD/Mídia à fl. 25, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 – 07.06.08: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS substituto por antecipação, relativo ao valor de R\$679.628,51, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente a aquisições de mercadorias no ano de 2014, com enquadramento no art. 8º, § 9º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 294, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

O sujeito passivo, às fls. 30/65 dos autos, apresenta defesa administrativa na qual inicialmente informa que uma vez notificado da lavratura do auto de infração em 18/12/2017 (segunda-feira), verifica-se que a contagem do prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação de impugnação se iniciou no primeiro dia útil subsequente, qual seja o dia 19/12/2017 (terça-feira), vindo a termo final em 16/02/2018 (sexta-feira).

Portanto, diz ser integralmente cabível e tempestiva a presente impugnação, razões pelas quais requer seu regular processamento e remessa às Juntas de Julgamento Fiscal para conhecimento e acolhimento para integral cancelamento do lançamento fiscal.

Sublinha, de início, que é pessoa jurídica de direito privado, filial da Irmãos Mattar & Cia Ltda. (Farmácia Indiana), que possui por objeto social as atividades identificadas pelo CNAE 47.71-7-01, cujo desempenho diz respeito ao “*Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas*”.

Neste contexto, tratando-se, pois, de pessoa jurídica que se dedica ao varejo de produtos farmacêuticos, foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração – Processo Tributário

Administrativo (AI/PTA) nº 2764730013/17-2, que lhe imputa o suposto recolhimento a menor de ICMS (Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços) apurado sob a sistemática da substituição tributária, tendo como ponto de partida a suposta ocorrência de recolhimento a menor de ICMS/ST relativamente a todas as competências do exercício de 2014, no valor histórico de R\$ 679.628,51.

Além do imposto, diz exigir o pagamento de multa de mora à razão de 60% do imposto supostamente devido, no montante de R\$407.777,12, aplicada com base no art. 42, II, alínea “d”, da Lei Estadual nº 7.014/1996, que destaca.

Em valores totais, já com o acréscimo de juros, diz que o crédito tributário atinge a quantia de R\$1.355.816,20.

Compulsando o relatório do AI/PTA, observa que, na visão da fiscalização, teria sido pretensamente recolhido a menor o ICMS devido a título de substituição tributária, ao fundamento de que teria apurado o tributo em desconformidade aos PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) constantes da Tabela da ABCFARMA, que é adotada pelo Estado da Bahia para fins de estabelecimento da base de cálculo presumida para efeito de ICMS/ST sobre medicamentos.

Portanto, diz que 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 do Estado da Bahia – Tabela da ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico), que se trata de entidade privada de comerciantes. Aduz que, em outras palavras, o trabalho da fiscalização, no AI/PTA se resume à tentativa de legitimar a adoção de PAUTA FISCAL como base de cálculo do ICMS/ST.

Destaca que, de início, 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.

Diz que esta é, em síntese, a hipótese dos autos e das cominações fiscais em epígrafe, cujas ilegalidades/inconstitucionalidades serão demonstradas adiante para cancelamento do lançamento, que a seguir passo a discorrer.

1. DAS RAZÕES PARA CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO - REGRA MATRIZ

1.1. INCIDÊNCIA DO ICMS-ST

Conforme anunciado, no caso concreto, o AI/PTA, ora combatido, possui como pano de fundo a apuração de ICMS/ST com base na adoção da Tabela ABCFARMA a título de PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor).

De início, para se ter em mente a tamanha equivocidade a que incorreu a Administração Fazendária no bojo do Auto de Infração, para fins de cobrança do ICMS/ST, diz fazer necessário revisitar a regra matriz de incidência do imposto.

Especificamente quanto à apuração da base de cálculo do ICMS/ST, o art. 8º, parágrafos 2º e 3º, da Lei Complementar nº 87/1996 estabelecem que:

“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 subsequentes.(...)

§ 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 nossos)

Lembrados os termos legais da regra matriz de incidência do ICMS/ST, definidos pela LC nº 87/96, à qual compete estabelecer normas gerais em matéria de ICMS, passa-se à exposição das ilegalidades e inconstitucionalidades da autuação.

1.2. ADOÇÃO DE CRITÉRIO DIVERSO DO PREVISTO EM LEI PARA APURAÇÃO DO IMPOSTO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE TRIBUTÁRIA

1.2.1. DA INOBSERVÂNCIA À LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996 – EXIGÊNCIA DE ICMS/ST COM BASE DE CÁLCULO NÃO PREVISTA EM LEI

Diz que a base de cálculo do ICMS/ST é construída a partir da técnica da presunção ou ficção legislativa no sentido de conferir ao fato gerador presumido do imposto os valores compatíveis com a realidade do negócio jurídico de circulação das mercadorias:

- a) seja a partir da fixação do preço final a consumidor pelo órgão público competente - § 2º do art. 8º da LC nº 87/96;
- b) seja a partir do preço final a consumidor adotado pelo estabelecimento industrial - FABRICANTE ou o IMPORTADOR - § 3º do art. 8º da LC nº 87/96;

A despeito de toda esta regulamentação legal, diz que se verifica, no caso em tela, mera tentativa de cobrança de pretensos créditos de ICMS mediante a adoção de critério para base de cálculo diverso do que definem os parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC nº 87/96.

No caso concreto, diz que, por simples consulta aos relatórios fiscais do Auto de Infração, verifica-se que a apuração dos alegados créditos 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). Diga-se de passagem, trata-se de ASSOCIAÇÃO PRIVADA DE COMERCIANTES, entidade que, por não se revestir de natureza pública, está destituída de competência para estabelecer os PMC's.

Na visão do Auto de Infração, aduz que teria efetuado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, por erro na determinação da base de cálculo, referente às aquisições interestaduais de produtos farmacêuticos constantes, na medida em que segundo a fiscalização deveria utilizar o PMC – Preço Máximo de Venda a Consumidor erigido pela tabela da ABCFARMA.

Constatado que o Auto de Infração parte da adoção da Tabela de PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editada pela ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico), para os fins da arguição de suposto recolhimento a menor de ICMS/ST, deste cenário, diz que ressoa inequivocamente a ilegalidade/inconstitucionalidade do procedimento adotado pelo Fisco.

Diz que assim se afirma, porque os parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC nº 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 nº 53.375.317/0001-79.

Diz que é o que diz se deflui da leitura conjugada do Cartão CNPJ (Doc. 03) e dos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC nº 87/96, cujo resgate é curial ao caso, para se ter em mente a ilegalidade dos lançamentos contidos no Auto de Infração, a *contrario sensu* das normas de regência:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL		
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA		
NÚMERO DE INSCRIÇÃO 53.375.317/0001-79 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 28/03/1984
NOME EMPRESARIAL ASSOCIACAO BRASILEIRA DO COMERCIO FARMACEUTICO		
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) ABCFARMA		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 94.30-8-00 - Atividades de associações de defesa de direitos sociais		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS 94.93-6-00 - Atividades de organizações associativas ligadas à cultura e à arte 94.99-5-00 - Atividades associativas não especificadas anteriormente 58.13-1-00 - Edição de revistas		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 399-9 - ASSOCIACAO PRIVADA		

Figura 01 - DOC. 03 - Cartão CNPJ ABCFARMA - Associação de direito privado

Lei Complementar n.º 87/96

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

§ 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 e negritos nossos).

Neste passo, observa que as exigências tributárias vertidas ao Auto de Infração estão eivadas de nulidade insanável pela violação à regra matriz de incidência do ICMS/ST, pois, utilizam base de cálculo não prevista nos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC n.º 87/96, a saber Tabela de PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editada pela ABCFARMA, repita-se mera associação privada de comerciantes, o que caracteriza insanável violação ao princípio da tipicidade tributária, razões bastantes ao cancelamento da autuação – Auto de Infração.

1.2.2. DA EXIGÊNCIA DE ICMS/ST COM UTILIZAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL – CARÁTER RESTRITIVO DA LEGISLAÇÃO BAIANA

Como visto, tem-se como bastante ao reconhecimento da violação ao princípio da tipicidade tributária a utilização da Tabela de PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor), editada pela ASSOCIAÇÃO PRIVADA DE COMERCIANTES ABCFARMA, já que os parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC nº 87/96 desautorizam a utilização desta espécie de base de cálculo do ICMS/ST, e autorizam apenas a utilização das tabelas de preço máximos a consumidor sugeridas pelos órgãos públicos competentes, fabricantes ou importadores.

Como se isto já não fosse suficiente ao reconhecimento das violações ao princípio da tipicidade tributária e para o cancelamento do lançamento, diz que autuação firmada pelo Auto de Infração inobservância a própria legislação estadual baiana pertinente ao ICMS/ST.

Destaca que a própria legislação baiana, Lei Ordinária Estadual 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. Veja-se:

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

(...)

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

§ 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 nossos)

Diz que, revisitadas todas as normas retro anunciadas que dizem respeito à regra matriz de incidência do ICMS/ST, verificando o Cartão CNPJ (Doc. 03) da ABCFARMA, tem-se que a

Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico é entidade de caráter privado, no caso, mera associação de representação dos comerciantes farmacêuticos.

Como tal, destaca que, não sendo FABRICANTE (estabelecimento industrial), ou IMPORTADOR, como exige o art. 23, II, § 3º, da Lei Ordinária nº 7.014/96, mas mera agremiação de COMERCIANTES, todos os documentos produzidos ou veiculados por referida entidade, a exemplo tabelas de preços máximos de venda ao consumidor, não podem ser utilizados pelo Estado da Bahia como base de cálculo do ICMS/ST, em atenção ao princípio da tipicidade tributária.

Neste contexto, diz que, não estando a ABCFARMA no rol de LEGITIMADOS TIPICAMENTE AUTORIZADOS à fixação/sugestão da base de cálculo do ICMS/ST (art. 23, II, § 3º, da Lei nº 7.014/96), por se tratar de associação privada de comerciantes farmacêuticos, afigura-se ilegal a utilização da tabela de preços máximos de venda a consumidor da sobredita associação privada para os fins da apuração do ICMS/ST, haja vista a violação ao princípio da tipicidade tributária ou tipicidade fechada (reserva absoluta de lei formal).

Isto posto, pede que as cobranças vertidas ao Auto de Infração caracterizam insanável violação ao princípio da tipicidade tributária, razão bastante ao cancelamento das exigências tributárias nele contida, pela violação ao art. 23, II, § 3º, da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96.

1.2.3. CONCLUSÃO INARREDÁVEL: DA EXIGÊNCIA DE ICMS/ST EM FLAGRANTE INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE TRIBUTÁRIA

Diz que, a exigibilidade da obrigação tributária decorre de sua própria natureza, que é *ex lege*, não podendo ser alterada pelas partes (Fisco e/ou Contribuinte) pela própria definição legal de tributo, inserta no art. 3º do CTN. A lei, haja vista o disposto no art. 150, inciso I da Constituição Federal de 1988, e no art. 97, do Código Tributário Nacional, é a única fonte formal das obrigações tributárias, exatamente porque apenas com a ocorrência dos pressupostos fáticos previstos na regra matriz de incidência da norma, os tributos são exigíveis, fenômeno este chamado de subsunção.

Diz que tais atributos não se estendem ao Auto de Infração ora combatido, na medida em que tal autuação possui por fundamento a utilização de Preços Máximos de Venda a Consumidor, sintetizados pela ABCFARMA, repita-se ASSOCIAÇÃO PRIVADA de comerciantes, figuras não autorizadas segundo o rol típico de LEGITIMADOS à indicação da base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária (preço final a consumidor).

Mais de forma específica e tipicamente, apenas aos órgãos competentes, aos fabricantes (estabelecimento industrial) ou aos importadores se autoriza a fixação/sugestão da base de cálculo do ICMS/ST. É o que diz interpretar dos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC nº 87/96.

1.3. DAS VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES PELO ESTADO BAIANO – ADOÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST PELO DECRETO Nº 6.284/97 NÃO PREVISTA NO ART. 23, II, § 3º, DA LEI ESTADUAL Nº 7.014/96

Por fim, diz que é de se ressaltar que, além de o Auto de Infração violar o próprio art. 23, II, § 3º, da Lei Ordinária Estadual Baiana nº 7.014/96, que autoriza a cobrança do ICMS/ST com lastro apenas em Tabelas de Preços Máximos de Venda a Consumidor sugeridas/fixadas por FABRICANTE/IMPORTADOR, a autuação aqui combatida fere o princípio da separação dos Poderes, pois busca fundamento de validade em mero regulamento editado pelo Poder Executivo, sendo certo que a competência para tal matéria é exclusiva do Poder Legislativo.

Correntemente em autuações desta natureza, a fiscalização estadual invoca o art. 61, inciso I, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia 1997 (Decreto nº 6.284/1997), para sustentação das cobranças, que destaca.

“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

I - o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo FABRICANTE ou pelo IMPORTADOR ou fixado pela AUTORIDADE COMPETENTE” (Grifos e negritos nossos).

No entanto, diz que, conforme já elucidado, o art. 23, II, § 3º, da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, foi ainda mais restritivo do que a própria Lei Kandir, pois, ao estabelecer as bases de cálculo do ICMS/ST, nem sequer tratou da figura do ÓRGÃO PÚBLICO/AUTORIDADE COMPETENTE mencionado pelos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC nº 87/96.

Ao revés da previsão da LC nº 87/96, aduz que a opção do legislador estadual foi de autorizar a apuração do ICMS/ST com base apenas nas tabelas de preços máximos de venda a consumidor sugeridas ou fixadas pelos FABRICANTES ou IMPORTADORES, desautorizando-se as tabelas fixadas/sugeridas pelo ÓRGÃO PÚBLICO/AUTORIDADE.

Diz que, nesse prisma, que o trabalho fiscal, por buscar fundamento de validade no art. 61, inciso I, do Decreto nº 6.284/1997 (Regulamento do ICMS do Estado da Bahia 1997), para legitimar a adoção da Tabela da ABCFARMA, além de violar o princípio da tipicidade/legalidade tributária, assente nos arts. 97, I do CTN c/c o art. 150, I da CF/1988, viola o princípio da separação dos poderes.

Desta forma diz que, a utilização de tabelas de preços máximos de venda a consumidor fixadas ou sugeridas por AUTORIDADE COMPETENTE não está prevista, nem tampouco, foi autorizada pelo art. 23, II, § 3º, da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, como já visto e revisto.

Em outras palavras, diz que ao estabelecer base de cálculo do ICMS/ST não autorizada pela Assembleia Legislativa (tabela de preços máximos de venda a consumidor fixadas ou sugeridas apenas por FABRICANTES ou IMPORTADORES), o que faz a Administração Fazendária Baiana, como ocorre *in casu*, é negar vigência ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CF/1988.

Após traçar outros comentários, diz que deve ser reconhecida a nulidade das exigências fiscais encartadas no trabalho fiscal ora combatido, haja vista que se lastreiam no indigitado art. 61, inciso I, do Decreto nº 6.284/1997, haja vista que tal norma ultrapassou o poder regulamentar e, como tal, incorreu em flagrante inconstitucionalidade.

1.4. DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PAUTAS FISCAIS PARA APURAÇÃO DO ICMS/ST – SEGUNDA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE TRIBUTÁRIA ESTRITA

1.4.1. DAS PREMISSAS ADOTADAS PELA FISCALIZAÇÃO PARA FORMALIZAR O LANÇAMENTO – UTILIZAÇÃO DE PAUTA FISCAL

Como já exposto, diz que, na hipótese concreta, em análise ao Auto de Infração, verifica-se que a apuração dos alegados créditos possui como fundamento não os preços fixados por órgão público competente (o que nem a norma estadual baiana prevê - art. 23, II, § 3º, da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96), tampouco os preços informados pelo estabelecimento fabricante/importador.

Na contramão de todas as normas de regência, aduz que se sem tem para a hipótese concreta é a cobrança de ICMS/ST com base na Tabela de PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editada pela ABCFARMA.

Diz que, na verdade, a malsinada tabela da ABCFARMA, por estabelecer arbitrariamente o PMC, em completa dissonância com a realidade, nada mais é do que uma PAUTA FISCAL, que verdadeiramente desnatura a sistemática da substituição tributária.

Trazendo aos autos alguns julgados deste Conselho de Fazenda, em que diz relacionar a decisões contrárias à aplicação de Pauta Fiscal, destaca que, em decorrência, deve ser cancelado o Auto de Fiscal em lide.

1.4.2. DAS VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR – INOBSERVÂNCIA DA SÚMULA Nº 431 DO COL. STJ PELO FISCO

Observa que a autuação em tela, está amparada pelos valores sugeridos pela ABCFARMA, onde

revela procedimento que não é nada mais senão um regime de pauta fiscal, que não pode ser aceito.

Diz que carece de validade o Auto de Infração, uma vez que a fiscalização, 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, incorre em violação aos princípios da legalidade e da reserva de lei complementar em matéria de instituição de base de cálculo de tributos.

E assim diz que, em consulta aos já multicitados dispositivos (art. 23, II, § 3º, da Lei nº 7.014/96), não é dado às Administrações Fazendárias Estaduais a possibilidade de utilização de PAUTA FISCAL para fins de alteração da base de cálculo do ICMS/ST (a indigitada tabela ABCFARMA), cabendo tal prerrogativa aos estabelecimentos industriais fabricantes, no caso do Estado da Bahia.

Destaca que o expediente fazendário de utilização da pauta fiscal há muito tem sido condenado pelos Tribunais Superiores, restando consagrado na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça o verbete de Sumula nº 431 que destaca.

Após traçar considerações outras que diz violar os termos do art. 146, II, alínea “a” da CF/88, bem assim aos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da Lei Kandir – LC nº 87/96, dez que merece ser declarada a cobrança vertida no trabalho fiscal.

1.5. DA VIOLAÇÃO AO ART. 110 DO CTN PELA FISCALIZAÇÃO – IMPUTAÇÃO DE ERRO DE BASE DE CÁLCULO E ALTERAÇÃO DOS CONCEITOS DE ÓRGÃO PÚBLICO, ASSOCIAÇÃO E FABRICANTE (ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL) PARA COBRANÇA DE ICMS/ST

1.5.1. DOS TRÊS TERMOS TÉCNICOS-JURÍDICOS QUE DEVERIAM TER SIDO OBSERVADOS PELA FISCALIZAÇÃO NO EXERCÍCIO DE SEU MISTER

Diz que, compulsando, ainda, os termos dos relatórios e manifestações engendradas pela fiscalização para o trabalho fiscal ora combatido, possível verificar que a fiscalização considerou validade a tabela ABCFARMA, para fins de apuração da base de cálculo presumida de ICMS/ST, ao arrepio dos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC nº 87/96 e do art. 23, II, § 3º, da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96.

Como se já não fossem bastante, todas as violações ao princípio da reserva de lei complementar, ao princípio da legalidade e à própria Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, cumpre destacar que a fiscalização, para levar a cabo o Auto de Infração, alterou todos os conceitos técnico-jurídicos pertinentes ao ICMS-Substituição Tributária que deveriam ter sido observados na espécie.

Isto se diz por que, como já citado, a redação dos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC nº 87/96 é clara ao estabelecer três elementos jurídicos próprios à formação da base de cálculo do ICMS/ST. São eles: preço de vendas erigidas pelo órgão público competente ou, em existindo, os preços sugeridos pelo FABRICANTE/IMPORTADOR, autorizados por lei.

1.5.1.1. DA NOÇÃO DE ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE PARA FINS DE FIXAÇÃO DOS PREÇOS MÉDIOS DE VENDA A CONSUMIDOR FINAL PARA FINS DE ICMS/ST

Consoante narrado, diz que o auto de infração parte do pressuposto de que as tabelas da associação privada denominada “ABCFARMA” serviriam de parâmetro válido para a apuração da base de cálculo presumida do ICMS/ST.

Todavia, fiz que, conforme já se demonstrou, à luz do § 2º do art. 8º da LC nº 87/96 somente órgãos públicos detém a competência para estabelecer médias de preços finais de mercadorias, para fins da base de cálculo presumida do ICMS/ST.

No caso concreto, as cobranças de ICMS/ST são de todo insustentáveis, na medida em que o art. 23, II, 3º da Lei Estadual nº 7.014/96 credencia apenas os preços máximos fixados pelos FABRICANTES ou IMPORTADORES.

Contudo, ainda que fosse diferente, diz que, o que faz a Administração Fazendária é desconsiderar o caráter taxativo do mandamento legal, ampliando indevidamente o conceito de “órgão público competente” para nele fazer incluir associação de caráter privado no rol de legitimados para definir o preço máximo ao consumidor para efeito de ICMS/ST.

1.5.1.2. DA ACEPÇÃO TÉCNICO-JURÍDICA DE FABRICANTE/IMPORTADOR PARA FINS DE SUGESTÃO DOS PREÇOS MÉDIOS DE VENDA A CONSUMIDOR FINAL PARA EFEITO DE ICMS/ST

Além disso, diz que é de se destacar que também foi distorcida, pelo trabalho fiscal, a acepção técnico-jurídica de fabricante e de importador, para fins da sugestão de preços com vistas ao ICMS/ST.

Conforme já retratado, diz que, à luz do § 3º do art. 8º da LC nº 87/96, em existindo médias de preços finais a consumidor das mercadorias sugeridas pelo fabricante, pode a lei autorizar a utilização destas médias para os fins da base de cálculo presumida do ICMS/ST.

Partindo-se desta autorização legal, o que se extrai da hipótese concreta é que a Administração Fazendária, para lançar os créditos tributários identificado pelo Auto de Infração, além dos equívocos já expostos, desconsidera também que associações de direito privado (caso da ABCFARMA) não podem ser equiparadas, nem tampouco, se confundem com os conceitos legais de FABRICANTE/IMPORTADOR.

Após traçar entendimento sobre o conceito de FABRICANTE/IMPORTADOR, diz que, à luz § 3º do art. 8º da LC nº 87/96 c/c as determinações dos arts. 4º, 8º e 9º do RIPI/2010, não se afigura possível, como pretende o Auto de Infração, conferir à ABCFARMA feição jurídica própria de estabelecimento industrial (fabricante) ou de IMPORTADOR para os fins de sugestão de preços médios de venda a consumidor para os fins da eleição da base de cálculo do ICMS/ST, devendo ser cancelada a autuação.

1.5.2. DA CONCLUSÃO: DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

De resto, diz que, a partir da exposição supra, o que se extrai para o caso dos autos é conclusão insofismável de que para arrimar as cobranças de ICMS/ST, com a suposta imputação de erro de base de cálculo do imposto, a fiscalização pretendeu inserir a ABCFARMA (mera associação de comerciantes farmacêuticos) no rol de sujeitos legalmente autorizados à indicação da base de cálculo presumida do imposto, a saber: órgão público (no caso concreto não autorizado pelo art. 23 da Lei Estadual nº 7.014/96), FABRICANTE e IMPORTADOR.

Contudo, destaca que o expediente não subsiste, eis que, nos termos do art. 110 do CTN, as pessoas políticas não estão autorizadas a impor obrigação tributária servindo-se da alteração dos conceitos de direito que informam as regras matrizes ou aplicação da lei tributária.

2. CONVÊNIO ICMS Nº 76/94 – DESCONSIDERAÇÃO FISCAL ACERCA DO REGRAMENTO

Conforme retro exposto, por todos os ângulos que se analise o Auto de Infração, afigura-se inválida a autuação para os fins da cobrança do ICMS/ST pretendido pelo Fisco.

Some-se a todas as violações à legislação de regência e à CF/1988, que o Auto de Infração em tela, ao eleger como base de cálculo do ICMS/ST a tabela de preços máximos da associação comercial ABCFARMA, inobservou regras específicas à apuração do tributo dispostas no CONVÊNIO ICMS de nº 76/94, além de apresentarem descompasso com relação aos preços médios praticados na comercialização dos medicamentos.

Diz que, compulsando, a norma em tela, as disposições constantes no diploma repetem precisamente o art. 23, II, § 3º, da Lei nº 7.014/96, que autoriza a fixação/sugestão da base de cálculo do ICMS/ST apenas ao fabricante (estabelecimento industrial) e ao importador, que destaca.

Também por isso, diz que se revelam insubsistentes ilegais e inconstitucionais os lançamentos contidos no Auto de Infração, pelo que devem ser cancelados.

2.1. DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO APURADO PREVISTA NO CONVÊNIO ICMS 34/06

Conforme anunciado, como se já não fossem suficientes todos os vícios que inquinam de nulidade o Auto de Infração, adite-se que, na remota hipótese de se ter por verdadeiras as alegações fiscais, o que não se admite à luz de todas as normas de regência expostas acerca das irregularidades cometidas pelo Fisco, ainda assim, merecem ser revistas as autuações, o que se expõe apenas por amor ao debate.

Diz que, quando da realização dos indigitados lançamentos, a fiscalização se olvidou de observar o que diz o CONVÊNIO ICMS Nº 34/06. Pelo exame da norma, afigura-se necessária a revisão dos lançamentos, pois o aludido convênio estabelece 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 nº 10.147/00. Veja-se:

“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 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%;*
- b) de 12% - 9,90%;*
- c) de 4% - 9,04%”*

Assim, quando menos devida a revisão dos lançamentos, com a aplicação dos redutores da base de cálculo ora mencionados, repita-se, se, *ad argumentandum*, forem mantidas as autuações – Auto de Infração.

5. DA MULTA APLICADA – NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DAS EXIGÊNCIAS E/OU REVISÃO DO QUANTUM

Diz que, como narrado no preâmbulo, além da exigência de ICMS/ST e juros de mora, o trabalho fiscal exige o pagamento de multa de mora, aplicada com base no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, no patamar de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto apurado, que destaca.

Constatada a exigência, cumpre observar que a multa imposta desafia os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade. Consoante cediço, fato é que a multa exigida majora as pretendidas obrigações principais em cerca de, nada mais nada menos, que 60%.

Tal imposições pecuniárias revela caráter confiscatório, em manifesta afronta ao que dispõe o art. 150, inc. IV, da CR/88, assim como já manifestaram as Cortes Superiores de Justiça.

Diz que resta inegável o fato de que a multa imputada à Impugnante representa violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e do não confisco, sendo, portanto, devido o cancelamento do gravame ou, quando menos, a sua redução.

6. DOS PEDIDOS

Requer a Impugnante de Vs. Sas. o recebimento da presente defesa por ser cabível e tempestiva, nos termos legais, para:

- determinar, até o julgamento definitivo da presente, a suspensão da exigibilidade das obrigações contidas no Auto de Infração, nos termos do art. 151, III, do CTN, à luz das decisões proferidas pelo STJ e da Súmula nº 431 da mencionada Corte;
- que, no mérito, seja acolhida a impugnação, determinando-se o imediato cancelamento dos lançamentos consubstanciados no Auto de Infração e de todas as exigências nele contidas,

bem como seja declarada a inexistência das relações jurídicas relativamente às alegadas exigências de ICMS/ST, decretando-se definitivamente o cancelamento da autuação;

- quando menos, se remotamente não forem desconstituídos os lançamentos que se determine ao Fisco a reformulação do crédito tributário, para que sejam aplicados os redutores de base de cálculo previstos na Cláusula Primeira do CONVÊNIO ICMS Nº 34/06;
- em qualquer das hipóteses, seja acolhido pleito de cancelamento da penalidade imposta, ou pelo menos seja determinada a sua redução, em homenagem aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e do não confisco.

7. DAS PROVAS

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a documental, bem como a pericial, protestando-se por outras, caso necessárias, a serem requeridas no momento processual oportuno, nos termos do art. 123, § 3º c/c o art. 145 do RPAF.

A autuante presta a informação fiscal, às fls. 95 a 104 dos autos, que a seguir destaco:

Inicialmente diz que no item I o defendente pronunciou-se sobre a tempestividade da sua impugnação, em seguida no item II expôs a premissa contida no auto de infração em questão, ao final, no item III diz que o auto de infração não reúne condições de subsistir, devendo ser cancelado.

Adentrando nas considerações de defesa, diz que, não obstante, a opinião contrária do contribuinte, contida no item 3.1 ao 3.5 da sua defesa, a respeito da utilização do PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor), sugerido ao público pelos estabelecimentos industriais, e que se encontram estabelecidos nas Tabelas da ABCFARMA, para obtenção da base de cálculo do ICMS/Substituição Tributária dos produtos farmacêuticos e dos medicamentos, em que alega o contribuinte ser descabida a sua adoção pela Fazenda Pública Estadual, porquanto, ao assim proceder está adotando a prática da pauta fiscal, o que no seu entendimento é ilegal; aduz não concordar.

Diz não concordar com os argumentos expostos pelo contribuinte, visto que, o procedimento fiscal foi realizado estritamente de acordo com a legislação tributária, em vigor na época dos fatos, conforme os dispositivos que reproduz, não havendo fundamento para a alegação defensiva sobre a suposta ilegalidade da exigência do ICMS/ST com base no PMC:

Dando seguimento à defesa, mais especificamente o item IV, diz que o contribuinte traz o seguinte argumento: *“Caso se entenda pela possibilidade de adoção de pauta fiscal para lançamento do ICMS/ST, o que somente se admite por respeito à eventualidade, deve-se reconhecer a improcedência parcial do lançamento fiscal, por erro na quantificação do crédito tributário, uma vez que não foram observadas pela Fiscalização as regras previstas no Convênio ICMS 34/06”*.

Neste contexto, aduz que o Convênio ICMS 34/06 estabelece redução da base de cálculo em 9,04%, 9,34% e 9,90% nas operações interestaduais realizadas com medicamentos indicados no artigo 1º da Lei nº 10.147/00, que destaca.

Observa 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%. Neste sentido, diz que a defesa alega que não foi observado pela Fiscalização, atestando o erro na quantificação do crédito tributário e respectivos consectários legais.

Diz, também, que, não concordar com tal entendimento, posto que, em primeiro lugar, quando utilizado o PMC para a obtenção da base de cálculo do ICMS – substituição tributária, a redução mencionada no Convênio ICMS 34/09 não deve ser aplicada, uma vez que no valor do PMC já estão considerados os índices das listas positiva, negativa e neutra, no âmbito da respectiva alíquota 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, diz que, 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 nº 13.780/12 c/c § 5º da Cláusula 2ª do Convênio ICMS 76/94, que diz reproduzir.

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, publicado pelo Decreto nº 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 (B. C. da S.T.), 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 nº 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.

Diz que se deve 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.

Finalmente, em relação ao item V da defesa, que trata do confisco da multa de ofício aplicada, em relação à jurisprudência STF. Diz abster-se de emitir opinião, pois, não lhe cabe analisar questões sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade da multa exigida.

Em função de todos os argumentos acima expostos, pede que seja julgado procedente em sua totalidade este auto de infração.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo, apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

No mérito, trata-se o presente PAF de lançamento fiscal de crédito tributário, para exigir imposto no montante de R\$679.628,51, relativo a recolhimento a menor do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente à aquisição de mercadorias no ano de 2014, com enquadramento no art. 8º, § 9º da Lei 7.014/96, c/c art. 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

O Artigo 8º, § 9º da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia assim dispõe:

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: (Grifos Acrescidos)

§ 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. (Grifos Acrescidos).

Como tal, vê-se que tal obrigatoriedade de recolhimento do ICMS por antecipação, como assim está fundamentada a autuação, relaciona-se a contribuinte que exerça determinada atividade econômica, no caso específico a de farmácia, na forma do que dispõe o art. 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, o qual tinha a seguinte redação à época dos fatos geradores:

Redação anterior dada pela Alteração nº 2 (Decreto nº 13.945, de 23/04/12, DOE de 24/04/12), efeitos a partir de 01/04/12, efeitos até 31/12/15:

“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:” (Grifos acrescidos)

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.

À luz do acima exposto, tem-se que tal substituição era orientada no sentido de se aplicar a MVA de 100%, tratando-se de aquisições de insumos para manipulação de produtos, que não é o caso objeto em análise. Na realidade a autuação se trata de mercadorias enquadradas no regime de substituição ou não enquadradas no regime da substituição tributária por antecipação com destino a farmácia, onde, à luz do inc. II do diploma acima destacado, remete a observar as disposições do § 17, do art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, que a seguir é destacado:

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.

Redação anterior dada ao § 17 tendo sido acrescentado ao art. 289 pela Alteração nº 19 (Decreto nº 14.812, de 14/11/13, DOE de 15/11/13), efeitos de 01/11/13 a 31/05/18:

“§ 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: (Grifo acrescido)

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).”

Porquanto, a tais enquadramentos, observa-se que os percentuais de margem de valor agregado (MVA), ou seja, os percentuais de lucro nas operações subsequentes para cálculo da antecipação ou substituição tributária, estão definidos no art. 289 do RICMS/12, acima destacado, sendo, com relação às mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, a orientação de utilização dos percentuais constantes do Anexo 1 do próprio regulamento, como assim está posto no caput do art. 289; e em relação às operações com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, utiliza-se os percentuais específicos nos termos do § 17 do próprio artigo 289 citado.

Sobre a sujeição do deficiente ao recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de produtos, alcançados ou não pelo instituto da substituição tributária (art. 8º, § 9º da Lei nº 7.014/96, c/c art. 294, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12), não há controvérsia entre as partes; o que se vê de discórdia nos autos, é a aplicação do PMC utilizado da ABCFARMA pela autuante, quando da constituição do lançamento do crédito; que, à luz das disposições do art. 8º, § 3º da LC 87/96, recepcionado pelo art. 23, § 3º da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, a base de cálculo da antecipação do imposto por substituição tributária será o preço final

ao consumidor fixado pelo fabricante, na situação em que há preço estabelecido para o produto.

Nessa situação, argui o sujeito passivo, que à época dos fatos geradores, a Fiscalização utilizou dos PMCs (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editados pela ABCFARMA, em que nas suas razões de defesa refuta seu uso, por entender que tal associação não tem competência para estabelecer os PMCs, o que, dentre outras considerações a serem enfrentadas mais adiante, diz ferir a regra matriz de incidência do ICMS, isto é, o art.8º, §§ 2º e 3º da LC 87/96.

Assim, o sujeito passivo não traz aos autos qualquer manifestação de arguição aos itens de produtos relacionados no demonstrativo de débito, de estarem amparados pela regra da antecipação do imposto na forma do art. 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, apenas argui a adoção da Tabela da ABCFARMA de PMCs, para quantificar o valor devido do imposto por antecipação em cada uma das operações constantes do demonstrativo de débito da autuação, às fls. 9/23 dos autos, que é parte integrante do CD/Mídia à fl. 25.

Sobre tais arguições de nulidade da autuação, seja por estar infringindo a regra matriz de incidência, seja por adoção de critério diverso do previsto em lei para apuração do imposto por antecipação, ou seja por utilização de base de cálculo não prevista na legislação do Estado da Bahia, entendo não prosperar.

Assim dispõe o art. 8º, § 3º da LC 87/96:

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

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

Por outro lado o art. 23, § 3º da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, recepcionou tal dispositivo nos seguintes termos:

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

*§ 3º Nas situações previstas em regulamento, em substituição ao disposto no inciso II do caput deste artigo, **a base de cálculo para fins de substituição tributária será o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador.**(Grifos acrescentados)*

Neste contexto, é que o Estado da Bahia, como bem destacou a autuante em sede de informação fiscal, tem orientado a aplicação da Tabela da ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico), na situação de apuração do imposto por antecipação, de produtos acobertados pelo instituto da substituição, conforme os termos do art. 23, § 3º da Lei nº 7.014/96 e do inc. II, § 10, art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, por entender que de fato, tais valores publicados na forma de “Revista”, refletem os preços dos fabricantes de produtos farmacêuticos no âmbito nacional.

Aliás, são muitos julgados deste Conselho de Fazenda referendando a utilização da Tabela de Preços da Revista ABCFARMA, no caso da autuação objeto em análise. É a jurisprudência predominante deste Conselho de Fazenda, como se pode observar do julgado dessa mesma empresa em matéria idêntica, através do Acórdão da 2ª CJF Nº 0294-12/17, que manteve a Decisão recorrida do Acórdão da 5ª JJF Nº 0044-05/17, em que julgou procedente a aplicação da tabela de preços máximos de venda a consumidor final (PMC), estabelecida pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA).

Associado a essa consideração, há de se destacar que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão criado pela Lei nº 10.742/2003, editou a Resolução nº 1 de 2017, impondo aos fabricantes e titulares dos registros de medicamentos, o dever de divulgar periodicamente a “*Lista de Preços Máximos ao Consumidor – PMC*”.

Neste contexto, a CMED, também no art. 6º da citada Resolução, determinou que as empresas produtoras deverão dar ampla publicidade aos preços de seus medicamentos, por meio de publicações especializadas de grande circulação, não podendo ser superior aos preços publicados pela CMED no sítio eletrônico da ANVISA.

Todavia, como bem ressalva a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, em publicação na internet, tal lista de preços de medicamentos, com base em pesquisas internacionais, foi criada com fins de natureza regulatória.

Daí, não se vê procedência na arguição do defendente, porquanto a utilização pela Fiscalização, da lista da ABCFARMA, que é disponibilizada pelo mercado de levantamento de preços máximos ao consumidor aplicados no mercado, vez que, em que pese não seja publicada por um órgão público, como arguido pelo defendente, ela está amparada na Tabela de Preço da CMED, que regula os preços do mercado de medicamentos. Razão não pode restar ao defendente sobre essa arguição de nulidade.

Também se vê a arguição de nulidade, porquanto a Fiscalização ter desconsiderado o regramento do Convênio ICMS 34/06, que dispõe sobre a dedução da parcela das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, referente às operações subsequentes, da base de cálculo do ICMS nas operações com os produtos indicados na Lei Federal nº 10.147/00, de 21 de dezembro de 2000.

Este PIS/PASEP e COFINS, diz respeito ao remetente da mercadoria, que não é o caso objeto em análise. Vê-se, à luz do art. 3º da citada lei, a concessão de regime especial de utilização de crédito presumido da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, às pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou à importação dos produtos classificados nas posições 3003. Não é o caso em análise.

Trata-se aqui de operações de aquisição de mercadoria por farmácia que irá comercializar produtos oriundos ou não de estabelecimento industrial ou importador, beneficiado pela Lei Federal nº 10.147/00; ou mesmo de estabelecimento de pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou importador, beneficiadas pelas disposições do art. 2º do mesmo instrumento legal, em que os valores das aquisições já vêm de outras Unidades da Federação impactados pelo benefício desta lei, não cabendo, neste estágio da cadeia econômica, se aplicar qualquer redução na base de cálculo do ICMS antecipado, objeto da autuação, decorrente de qualquer benefício fiscal da citada lei federal, relativo ao PIS/PASEP e COFINS, como arguido pelo sujeito passivo em sede de defesa.

Como tal, tem-se que tal instrumento, mais especificamente os efeitos da Lei Federal nº 10.147/00, não se relaciona ao objeto da autuação, que diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação, decorrente das operações de aquisições de mercadorias para comercialização, relativo a produtos alcançados ou não pela substituição tributária por contribuinte inscrito no Estado, do segmento de farmácia, drogaria e casa de produtos naturais, como assim determina o art. 294 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Razão, portanto, não pode restar ao defendente nessa arguição de nulidade.

Por outro lado, aduz o defendente, também como preliminar de nulidade, que não foi considerado o regramento do Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos. Não obstante não tenha destacado o tipo de desconsideração fiscal acerca do referido regramento, observo que o aspecto fiscal, objeto do citado Convênio, que tem impacto direto no lançamento fiscal em análise, relativo às mercadorias acobertadas pelo instituto da substituição tributária, é a redução da base de cálculo de 10%, não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7%, como posto no § 5º, da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94.

Neste aspecto, se observa do levantamento fiscal, como bem destacado pela Fiscalização em sede de informação fiscal, que fora concedido a redução da base de cálculo de 10% em relação às mercadorias que foi apurado o ICMS antecipado com a aplicação do MVA, ou com a aplicação do preço máximo de venda ao consumido (PMC), ou seja, foi concedida a redução em relação às mercadorias que de fato, à luz do regramento, ensejavam a aplicação da redução da multa, como arguido pelo defendente, na forma do § 5º, da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94. Razão, portanto, também não pode restar ao defendente nessa arguição de nulidade.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da autuação, onde inclusive foi dada ciência ao defendente de forma impressa e em CD/Mídia, com todos os elementos necessários à quantificação do débito levantado, bem assim a Tabela de Preços da ABCFARMA utilizada para apontar os preços do produto na apuração do imposto por antecipação lançado, entendo restar procedente a autuação. Infração 1 subsistente.

Relativamente à arguição da aplicação de multas abusivas amparadas em texto constitucional e julgados do poder judiciário, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como a apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Sobre a multa aplicada, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois, em conformidade com o art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, é a devida para a infração cometida.

Cabe ainda destacar, que o Auto de Infração obedeceu em sua lavratura ao disposto nos arts. 39, 40, 41 do citado diploma legal, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que os Fiscais Atuantes cumpriram os seus deveres funcionais em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **276473.0013/17-2**, lavrado contra **IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA. (FARMÁCIA LETÍCIA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$679.628,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR