

A. I. Nº - 232903.0005/17-3
AUTUADO - IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA.
AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/12/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0224-03/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS POR CONTRIBUINTE NA CONDIÇÃO DE FARMÁCIA. 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 leva em consideração os valores usuais praticados no mercado. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a arguição de nulidade. Não acolhido pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/2017, exige crédito tributário no valor de R\$124.265,42, acrescido da multa de 60%, em razão da Infração **07.06.08** - Recolhimento a menos do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente à aquisição de mercadorias nos meses de janeiro a dezembro de 2014.

O Autuado ingressa com defesa fls. 26 a 73, alinhando os argumentos resumidos a seguir.

Registra a tempestividade de sua impugnação. Transcreve o teor da infração que lhe foi imputado.

Observa que a autuação apura o recolhimento a menos do ICMS/ST, em decorrência da constatação de que o tributo foi calculado em desconformidade aos PMCs - 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. Diz também verificar que lhe foi imposta limitação dos créditos aproveitados com base no Dec. nº 14.213/12, que veda os créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo.

Assevera que a pretensão de exigir diferenças de ICMS/ST não pode prevalecer, uma vez que o PMC utilizado pelo Fisco (Tabela da ABCFARMA) viola o 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.

Esclarece que os remetentes das mercadorias, suas filiais mineiras da pessoa jurídica Irmãos Mattar & Cia Ltda. inscritas no CNPJ/MF sob o nº 25.102.146/0071-81 e 25.102.146/0014-93, não foram favorecidas por incentivos fiscais (crédito presumido), conforme comprovam suas DAPIS e

conforme declarado expressamente pela Superintendência de Fiscalização da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, não havendo que se falar, portanto, em estorno de créditos.

Assinala que examinando o Auto de Infração, notadamente os levantamentos que o acompanham, verifica-se que a fiscalização procedeu ao estorno proporcional de créditos de ICMS aproveitados em relação às operações interestaduais de entrada de mercadorias em seu estabelecimento comercial, ao argumento de que as operações teriam sido favorecidas por incentivos fiscais concedidos aos remetentes das mercadorias unilateralmente pelos entes federados de origem.

Depois de reproduzir o Dec. nº 14.213/12, aduz que, a pretexto de coibir a chamada “Guerra Fiscal do ICMS”, proíbe o aproveitamento integral de créditos do imposto em relação às mercadorias recebidas em operações interestaduais que tenham sido favorecidas por incentivos fiscais concedidos unilateralmente pelos entes federados de origem, os quais se encontram listados no Anexo Único do Decreto.

Destaca que o levantamento fiscal estornou de créditos em relação às operações com leite pasteurizado UHT ou UAT (admitiu-se apenas 1% ao invés de 7%), operações recebidas de estabelecimento atacadista (admitiu-se apenas 3% ao invés de 7%) e operações com medicamentos genéricos (admitiu-se apenas 4% ao invés de 7%). Observa que os dois últimos se encontram previstos nos itens 2.1 e 2.4 do Anexo Único do aludido decreto.

Revela que o Auto de Infração que o trabalho fiscal realizado partiu da presunção de que os remetentes das mercadorias teriam sido favorecidos por benefícios fiscais instituídos pela legislação do Estado de Minas Gerais unilateralmente (à míngua de convênio autorizativo). Continua frisando que muito embora os remetentes das mercadorias (filiais da pessoa jurídica Irmãos Mattar & Cia Ltda. inscritas no CNPJ sob os nºs 25.102.146/0071-81 e 25.102.146/0014-93) se dediquem ao ramo atacadista, fato é que estes não são beneficiários do favor fiscal em questão.

Diz que, em exame à norma concessiva de crédito presumido aos estabelecimentos atacadistas, verifica-se que tal benefício fiscal somente se aplica aos contribuintes que sejam signatários de Protocolo firmado com o Estado de Minas Gerais, mediante regime especial concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação. Arremata assinalando ser fato que as filiais da pessoa jurídica Irmãos Mattar & Cia Ltda. inscritas no CNPJ sob os nºs 25.102.146/0071-81 e 25.102.146/0014-93 não são signatárias do aludido protocolo, não são detentoras do regime especial a que faz alusão à norma e, por tudo isso, não foram agraciadas pelo incentivo fiscal em questão.

Para que não parem quaisquer dúvidas a respeito, informa que procede à juntada de declaração exarada pelo Diretor de Gestão Fiscal da Superintendência de Fiscalização da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais de que as referidas filiais não foram beneficiadas pelo favor fiscal em referência no período fiscalizado, fl. 37. Prossegue sustentando que, com base na citada declaração, dotada de fé pública, resta totalmente desconstituída a presunção fiscal de utilização do benefício fiscal sob análise, o que aponta para a ilegalidade e inconstitucionalidade da glosa de créditos promovida pelo Fisco.

Menciona que as exigências tributárias veiculadas no 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 nº 87/96, a saber Tabela de PMCs (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.

Assinala que se, por hipótese, tivesse havido fruição, pelos remetentes das mercadorias objeto das operações fiscalizadas, de incentivo fiscal concedido unilateralmente pelo Estado de Minas Gerais, ainda assim a glosa de créditos promovida pela fiscalização não reuniria condições quaisquer de prosperar, ante a sua evidente inconstitucionalidade.

Continua destacando que no caso em tela, é de se ver que vem efetuando o creditamento do ICMS, corretamente destacado nas notas fiscais de entrada das mercadorias, conforme lhe assegura o art. 155, § 2º, I, da CF/1988.

Observa que do exame atento do dispositivo constitucional citado chega-se à conclusão de que, sendo o princípio da não-cumulatividade do ICMS explícito nos termos de sua auto aplicabilidade, a Carta Magna deixou à margem do legislador infraconstitucional apenas as formalidades a serem cumpridas pelo contribuinte no exercício de seu direito em aproveitar o crédito do imposto.

Revela que, na hipótese em tela, o Estado da Bahia limitou o aproveitamento dos créditos de ICMS com base no Dec. nº 14.213/2012, que dá poderes às autoridades fazendárias para estornarem os créditos aproveitados pelos contribuintes baianos relativos às operações interestaduais em que os remetentes das mercadorias tiverem sido agraciados por incentivos fiscais concedidos unilateralmente por seus entes federados de origem.

Diz constatar-se que a SEFAZ/BA, usurpando competência constitucional, impôs limitações ao princípio da não-cumulatividade, impedindo o pleno aproveitamento dos créditos destacados nos documentos fiscais decorrentes de aquisições de mercadorias, provenientes de alguns Estados da Federação.

Arremata frisando que o Decreto, além de violar frontalmente o §2º, inciso I, do art. 155, da CF/88, viola também a Lei Complementar nº 87, de 13/9/96, que trata com clareza, da não-cumulatividade afeta ao ICMS.

Afirma que considerando a documentação acostada ao Auto de Infração, deduz-se que o suposto recolhimento a menos seria decorrente da utilização da Margem de Valor Adicionado (MVA) na apuração da base tributável quando, segundo o Fisco, deveria ter sido empregado o Preço Máximo ao Consumidor (PMC), constante da tabela veiculada pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA).

Aduz que os valores de ICMS-ST apurados pela Fiscalização foram confrontados com os valores recolhidos durante o período de 31/03/2013 a 31/12/2013, resultando na exigência de ICMS-ST complementar e da multa. Entretanto, assinala que o Auto de Infração não reúne condições de subsistir, devendo ser cancelado.

Argui nulidade com base na alínea “a”, do inciso IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, por entender que o lançamento tributário não identificou qual a infração supostamente cometida, dificultando o exercício do seu direito de defesa, dizendo que não houve a indicação da causa encontrada pelo Fisco para apuração dos valores autuados, portanto não pode se defender, se limitando somente a realizar suposições acerca do motivo pelo qual a suposta irregularidade teria sido encontrada.

Sobre a matéria, afirma que Conselho de Fazenda Estadual do Estado da Bahia sustenta o entendimento de que o lançamento do crédito tributário é ato vinculado, sendo nulos os atos praticados em prejuízo do direito de defesa dos contribuintes.

Aduz que pela documentação acostada ao Auto de Infração, a Fiscalização entendeu que teria deixado de recolher parcela 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 art. 8º, da Lei Estadual nº 7.014/96 c/c art. 294, do RICMS-BA/12, que transcreve.

Sustenta que não seria esta a correta 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.

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

Aduz que a Lei nº 10.742/2003, que estabelece normas de regulação do setor farmacêutico e cria a CMED, no que interessa, conforme art. 5º e 6º que transcreve disciplina 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.

Acrescenta que os artigos 6º, 8º e 9º da Lei Complementar nº 87/96 prevêm 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.

Diz que a partir da análise dos dispositivos citados tem-se 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. E tanto a Lei Complementar nº 87/96 como o Convênio ICMS nº 76/94 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 a consumidor, mas, sim, sobre o preço final ao consumidor sugerido pelo fabricante.

Assevera 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.

Frisa que o Superior Tribunal de Justiça não admite a cobrança de ICMS baseada em pauta fiscal (pauta de preços e valores), nem mesmo para fins de substituição tributária, conforme Recurso Especial e Súmula 431 do STJ que reproduz. Acrescenta 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 praticada pela Impugnante e, por consequência, cancelar o presente Auto de Infração.

Aduz 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 pela Fiscalização as regras previstas no Convênio nº ICMS 34/06.

Sobre o Convênio ICMS nº 34/06 diz que é estabelecida a 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 que transcreve.

Apresenta o entendimento de 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%, contudo isso não foi observado pela Fiscalização, atestando o erro na quantificação do crédito tributário e respectivos consectários legais, e considerando a inobservância da Fiscalização quanto a redução da base de cálculo do ICMS-ST nas operações com medicamentos disposta no Convênio ICMS nº 34/06, deve ser reformado em parte o Auto de Infração em discussão.

Observa 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 na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, no patamar de 60% do valor do imposto apurado.

Diz que constatada a exigência, cumpre destacar que a multa imposta desafia os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assinala que a multa exigida majora as pretendidas obrigações principais em cerca de, nada mais nada menos, que 60%.

Assevera que o gravame se revela por demais oneroso e atenta contra os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade. E como tal devem ser cancelados.

Afirma que as multas, nos patamares em que previstas, representam afronta aos preceitos da *proporcionalidade e da razoabilidade*, ante os ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cujo teor reproduz.

Observa que, se penalidade pecuniária no patamar de 30% por cento está sendo considerada confiscatória, que dirá no caso em apreço, no qual aplicada penalidade no vultoso percentual de 60% do valor do ICMS apurado.

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

Assinala que pretende demonstrar o alegado 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-BA/99.

Conclui pugnando para que seja:

- determinado, 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;
- no mérito, acolhida a impugnação, determinando-se o imediato cancelamento dos lançamentos consubstanciados no Auto de Infração e de todas as exigências nele contidas, declarando-se a inexistência de diferenças de ICMS/ST na hipótese concreta, ante a inconstitucionalidade e ilegalidade da adoção da tabela da ABCFARMA, e a ilegalidade/inconstitucionalidade dos estornos de créditos de ICMS efetuados com base no Dec. nº 14.213/12;
- quando menos, se não forem desconstituídos os lançamentos, determinada 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, 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.

O Autuante presta a informação fiscal fls. 278 a 283, e colaciona Demonstrativos às fls. 281, 284 e 285 e CD à fl. 286-verso).

Sintetiza os argumentos defensivos. Afirma não poder prosperar as razões defensivas, pois a autuação possui embasamento legal que ratifica o procedimento fiscal realizado.

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.

Explica que a presente infração foi baseada no recolhimento a menos do ICMS Antecipação Tributária, devido a erro na determinação da base cálculo referente às aquisições interestaduais de medicamentos, por ter utilizado a MVA, quando deveria utilizar como base de cálculo do valor o PMC - Preço Máximo de Venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial constante na tabela da ABCFARMA

Observa que no presente caso, toda as notas fiscais de medicamentos que serviram de base para a auditoria e lavratura do Auto de Infração, tiveram origem em Minas Gerais. O adquirente do Estado da Bahia, conforme Dec. 13.780/12 - item 32 “produtos farmacêutico e medicamentos, exceto para uso veterinário, sendo que nas operações com medicamento a MVA só será utilizada quando não houver preço único ou máximo de vendas fixado ou sugerido pelo fabricante ou

importador”, é o responsável pelo recolhimento do ICMS por antecipação, pois o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS 76/94, através do Despacho nº 04/05 do CONFAZ.

Quanto à infração propriamente, foi utilizado por essa fiscalização o PMC - preço máximo de venda a consumidor, sugerido ao público pelos estabelecimentos industriais nas tabelas da ABCFARMA, obtidas na GERSU - Gerência de Substituição Tributária da SEFAZ-BA, elemento necessário para obtenção de cálculo dos produtos farmacêuticos e dos medicamentos.

O procedimento fiscal foi realizado estritamente de acordo com a legislação tributária em vigor na época dos fatos, conforme os dispositivos, cujo teor reproduz, não havendo fundamento para a alegação defensiva sobre a suposta ilegalidade da exigência do ICMS/ST com base no PMC da tabela ABCFARMA.

Em relação à aplicação da limitação dos créditos com base no Dec. nº 14.213/12, não houve autuação específica por crédito indevido, mas em seus cálculos para apuração do ICMS devido a título de substituição tributária em relação às operações com leite pasteurizado UHT ou UAT, foi admitida a utilização do crédito de apenas 1%. Já em relação aos medicamentos genéricos foi limitado o crédito fiscal a alíquota de 4% sobre a base de cálculo em ambos os casos estes foram recebidos de MG. Destaca que essa limitação, independe se o remetente estabelecido em Minas Gerais é “Industrial” ou “atacadista”. Tendo em vista que essa limitação é exclusivamente aplicada em relação às referidas mercadorias por terem sido beneficiadas com incentivo fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei.

No que diz respeito à aplicação da limitação dos créditos em relação à aquisição de produtos provenientes da atividade de atacadista, pela falta de apresentação à época pelo autuado de documento que comprovasse o não benefício em relação a sua filial atacadista de MG com CNPJ 25.102.146/0014-93, foi admitido o crédito apenas de 3%. Diz que, diante da apresentação pela Defesa da Declaração emitida pelo Diretor de Gestão Fiscal da Superintendência de Fiscalização - SEFAZ-MG, afirmando que a mesma não ser beneficiária de Regime Especial de Tributação previsto no inciso XIV, do art. 75, do RICMS-MG.

Prossegue frisando que diante dessa constatação, a fiscalização procedeu aos ajustes necessários em relação aos medicamentos, aplicada a alíquota correta de 7%, para efeito de crédito na apuração da ST, refazendo os demonstrativos que passa a integrar a presente autuação e cópia entregue ao contribuinte.

Explica que diante desses ajustes na apuração do imposto, a presente infração passa do valor total de R\$124.265,42, para R\$95.956,14, cujo demonstrativo colaciona à fl. 281, e CD à fl. 286-verso.

Com relação aos argumentos da defesa sobre a legalidade do Dec. 14.213/12, informa que não lhe cabe manifestar sobre a legalidade ou não da norma

Acrescenta também não concordar com pleito do autuado no sentido de ser aplicada a redução de base de cálculo na quantificação do tributo ora discutido.

Explica 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 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 que reproduz.

Afirma que para os casos em que existam PMC a única redução da base de cálculo aplicável é a de 10%, conforme art. 268, VIII, do RICMS BA/2012 - Dec. 13.780/12 c/c §5º, da Cláusula 2ª do Convênio ICMS 76/94, teor também reproduzido.

Destaca ainda que quando utilizadas as MVAs, 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/12 – Dec. 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 art. 1º, da Lei nº 10.147/00, 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 MVAs, constantes no item 32, do Anexo 1 do RICMS-BA/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.

Ressalta 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.

“Resolução nº 2, de 12 de março de 2012. Afirma que esta Resolução dispõe sobre a forma de definição do Preço Fabricante - PF e do Preço Máximo ao Consumidor - PMC dos medicamentos em 31 de março de 2012, estabelece a forma de apresentação do Relatório de Comercialização à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, disciplina a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e define as margens de comercialização para esses produtos”. Reproduz o art. 5º, que estabelece que o Preço Máximo ao Consumidor - PMC será obtido por meio da divisão do Preço Fabricante - PF pelos fatores constantes da tabela que anexa, 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 2001.

Quanto ao item da defesa, que trata da confiscatoriedade da multa de ofício - jurisprudência STF, diz se abster de emitir opinião, pois, não lhe cabe analisar questões sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade da multa exigida.

Conclui opinando para que seja o Auto de Infração julgado procedente em parte no valor de R\$95.956,14.

O Autuado se manifesta às fls. 293 a 301, depois de sintetizar as argumentações do Autuante reafirma todas as suas razões de defesa alinhadas em sua Impugnação.

Frisa que, apesar do acatamento parcial de suas teses defensivas insiste na tese de que sua Impugnação merece ser como um todo acolhida, seja pela ilegalidade/inconstitucionalidade da adoção da tabela da ABCFARMA como critério informado da base de cálculo do ICMS-ST, seja pela indevida limitação de créditos de ICMS com base no Dec. 14.213/12, sob a pecha de coibir a chamada “Guerra Fiscal”.

Conclui pugnando pelo cancelamento total das exigências fiscais contidas no Auto de Infração.

Essa 3ª JJF, em pauta suplementar converte os autos em diligência para que fosse intimado o Impugnante para lhe dar ciência das condições previstas no Convênio ICMS nº 190/17, a fim de que pudesse tomar as providências pertinentes à renúncia de impugnação do processo administrativo e para que o Autuante elaborasse novos demonstrativos segregando, por demonstrativo os valores exigidos na autuação referentes à glosa de créditos com base no Dec. nº 14.213/12, dos demais valores porventura exigidos.

Em atendimento ao pedido de diligência o Autuante informa à fl. 309, que a solicitada segregação já fora realizada e acostada à fl. 281, com os novos valores devidos da referida infração. Salientou que o Autuado apresentou em sua impugnação uma declaração do Diretor de Gestão Fiscal da Superintendência de Fiscalização - SEFAZ/MG, que esclareceu que o Autuado não gozava de benefício fiscal indicado no Dec. 14.213/12. Esclareceu que diante dessa constatação a época foi efetuado um novo levantamento, constante do CD, fl. 286, atribuindo corretamente o crédito fiscal, ao qual o contribuinte tinha direito, em consonância aos percentuais destacados nas notas fiscais de aquisição, tendo sido entregue cópia ao Autuado, fl. 286.

Consta às 311 a 314, que foi informado ao Autuado essa movimentação via DTE.

VOTO

Preliminarmente, na análise de todos os elementos que integram o presente Auto de Infração, constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS-BA/12, com o RPAF-BA/99 e com a Lei 7.014/96, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos no demonstrativo contido no CD fl. 26, constante nos autos, necessário à demonstração dos fatos arguidos, entregue cópia a preposto do Autuado fl. 20, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório, portanto a lide está apta ao seu deslinde. No tocante às alegações atinentes a utilização do PMC - Tabela da ABCFARMA serão tratadas a seguir, por ocasião do enfrentamento do mérito da autuação

No mérito, o Auto de Infração acusa o sujeito passivo de recolhimento a menos de ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente à aquisição de mercadorias, conforme demonstrativo às fls. 07 a 13.

Em sede de defesa, o Impugnante esclareceu que os remetentes das mercadorias, objeto da autuação, suas filiais mineiras da pessoa jurídica Irmãos Mattar & Cia Ltda. inscritas no CNPJ/MF sob o nº 25.102.146/0071-81 e 25.102.146/0014-93, não foram favorecidas por incentivos fiscais (crédito presumido), conforme comprovam suas DAPIS e conforme declarado expressamente pela Superintendência de Fiscalização da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, não havendo que se falar, portanto, em estorno de créditos.

Explicou que em exame à norma concessiva de crédito presumido aos estabelecimentos atacadistas, verifica-se que tal benefício fiscal somente se aplica aos contribuintes que sejam signatários de Protocolo firmado com o Estado de Minas Gerais, mediante regime especial concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação. Sustentou que suas filiais, remetentes das mercadorias objeto da autuação, não são signatárias do aludido protocolo, não são detentoras do regime especial a que faz alusão a norma e, por tudo isso, não foram agraciadas pelo incentivo fiscal em questão. Para comprovar sua alegação, juntou uma declaração exarada pelo Diretor de Gestão Fiscal da Superintendência de Fiscalização da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais de que as referidas filiais não foram beneficiadas pelo favor fiscal em referência no período fiscalizado, fls. 37. Sustentou que, com base na citada declaração, dotada de fé pública, resta totalmente desconstituída a presunção fiscal de utilização do benefício fiscal sob análise, o que aponta para a ilegalidade e inconstitucionalidade da glosa de créditos promovida pelo Fisco.

Ao proceder a informação fiscal, o Autuante acolheu a alegação defensiva e procedeu à exclusão das glosas atinente ao Dec. 14.213/112, e elaborou novo demonstrativo de reduzindo o valor do débito para R\$95.956,14, fl. 281.

O Impugnante apresentou também o entendimento de que as exigências tributárias veiculadas no Auto de Infração violam a regra matriz de incidência do ICMS/ST, pois utilizam base de cálculo não prevista nos parágrafos 2º e 3º do art. 8º, da LC nº 87/96, a saber Tabela de PMCs (Preços Máximos de Venda a Consumidor), editada pela ABCFARMA, mera associação privada de comerciantes, o que caracteriza insanável violação ao princípio da tipicidade tributária, razões bastantes ao cancelamento da autuação.

Verifico que o Autuado utilizou a Margem de Valor Adicionado (MVA), na apuração da base tributável, quando deveria ter sido empregado o Preço Máximo ao Consumidor (PMC), constante da tabela veiculada pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA).

Constato que a controvérsia remanescente do presente PAF decorre do manifesto entendimento do Impugnante, contrário ao da fiscalização, pela utilização da MVA em vez do PMC.

O Autuado sustentou não ser cabível a utilização como base de cálculo do ICMS-ST, de valores sugeridos ao público pelos estabelecimentos industriais, e que se encontram nas Tabelas da ABCFARMA publicadas pela CMED, porquanto, ao assim atuar, a fiscalização pratica pauta fiscal, o que, segundo sustenta, é vedado pelos Tribunais Pátrios.

Considero que o argumento exposto pelo defendente não tem como prosperar. Conforme destacado pelo Autuante, de modo assaz claro, o lançamento fiscal foi realizado em conformidade e em perfeita sintonia com a legislação. Eis que, o entendimento da Fiscalização possui como fundamento a regra estabelecida no §3º, do art. 23, da Lei 7.014/96, c/c o inciso III, do §10, do art. 289, do RICMS-BA/12, transcritos a seguir:

Lei nº 7.014/96

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

[...]

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

RICMS-BA/2012:

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

[...]

§10. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador

[...]

III - medicamentos;”

Além dos dispositivos retro transcritos, a redação relativa aos “produtos farmacêuticos e medicamentos” constante no item 32, do Anexo 1 do RICMS-BA/12, vigente à época da autuação, bem como, o disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, também não deixam dúvidas quanto à utilização do PMC na apuração da base tributável, conforme se depreende das transcrições a seguir:

Anexo 1, do RICMS-BA/12:

32	<i>Produtos farmacêuticos e medicamentos, exceto para uso veterinário nas operações com medicamentos <u>a MVA só será utilizada quando não houver preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador;</u> (grifo nosso)</i>
----	---

Convênio ICMS nº 76/94:

Cláusula segunda A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Da leitura dos dispositivos retro mencionados, resta indubitado, que a legislação vigente foi devidamente observada, e respaldam o procedimento adotado pelo autuante. A legislação posta, determina expressamente que para os medicamentos, a apuração da base de cálculo do ICMS devido por antecipação tributária é feita seguindo o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Esses preços são publicados em tabelas como a da ABCFARMA. A utilização da MVA só é prevista quando inexistir preço máximo de

venda a consumidor.

O Defendente arguiu também, que a Fiscalização deixou de observar as regras previstas no Convênio nº ICMS 34/06, que estabelece redução da base de cálculo em 9,04%, 9,34% e 9,90%, nas operações interestaduais realizadas com medicamentos indicados no artigo 1º da Lei nº 10.147/00. Disse que, como o estabelecimento destinatário está localizado na Bahia, deve-se aplicar o redutor de 9,34%, uma vez que a alíquota interestadual é de 7%.

Observo que esta alegação não procede. Entendo correto o procedimento do autuante, que tem como base na determinação do crédito tributário, o inciso VIII, do art. 268 do RICMS-BA/12, c/c a cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, e as Resoluções expedidas pela CMED, mais especificamente as de nº 02/2012 e 02/2013, que trazem a forma de obtenção do PMC, onde se verifica que no cálculo já são considerados os índices das listas positiva, negativa e neutra, bem como a incidência das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS. Assim, resta patente que ao se utilizar o PMC, a única redução da base de cálculo a ser aplicada, conforme procedeu acertadamente o Autuante na determinação do crédito tributário, é a prevista nos citados dispositivos e abaixo reproduzidos:

RICMS-BA/2012:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

VIII - das operações com os produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificadas no item 32 do Anexo 1 deste regulamento, relativamente à base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, em consonância com o Convênio ICMS 76/94;”

Convênio ICMS 76/94:

“§5º A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento).”

A despeito das referências jurisprudenciais emanadas de decisões dos tribunais e órgãos julgadores administrativos trazidos pelo impugnante, não vinculam os atos administrativos ou obstam a aplicação da Legislação Tributária Estadual. Ademais, é patente que a legislação que rege o funcionamento deste Órgão não lhe atribui competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o teor do inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Quanto à alegação defensiva de que a penalidade aplicada, no percentual de 60% do valor do imposto, afronta os princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco, ressalto que não há ilegalidade na multa incidente sobre o imposto devido. O inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional, determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas. O Autuante aplicou a multa prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, cominada em total consonância com o descumprimento da obrigação tributária descrita no presente Auto de Infração.

No que concerne à solicitação da sua redução, saliento que falece competência a esse Órgão Julgador, redução de multa.

Ante ao exposto, de acordo com os argumentos expendidos, acolho o novo demonstrativo, à fl. 281, ajustado pelo Autuante, contemplando a exclusão das operações apuradas com base no Dec. 14.213/12, resta evidenciado que a autuação é parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232903.0005/17-3**, lavrado

contra **IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.956,13**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA