

PROCESSO - A. I. Nº 269133.0012/17-0
RECORRENTE - IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0176-05/19.
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS (EXTREMO SUL)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0174-12/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO. ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DE ACORDO INTERESTADUAL. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA A CONSUMIDOR COMO BASE DE CÁLCULO DO ICMS. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Levantamento fiscal efetuado com base nos preços de venda a consumidor, publicados nas revistas do setor farmacêutico (ABCFARMA). Procedimento em concordância com a legislação vigente no Estado da Bahia e a reiterada jurisprudência do CONSEF. Valor do débito reduzido mantendo-se a integralidade dos valores dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisição dos produtos. Inexistência de prova nos autos de que os remetentes usufruíram benefícios fiscais sem lastro legal, com previsão de estorno no Decreto Baiano nº 14.213/2012, de forma que a exigência fiscal, no que concerne às parcelas relacionadas com esses fatos geradores, é indevida. Não acolhidos os argumentos defensivos de não incidência do ICMS nas operações de transferências interestaduais, com base nas disposições da Súmula 166 do STJ e de isenção do imposto, no caso concreto, nas operações com o produto “preservativo”. Não acatado também o pedido subsidiário de redução ou exclusão das multas pecuniárias sob o argumento da violação ao princípio constitucional do não confisco. Impossibilidade, expressamente prevista na lei processual, da instância administrativa, declarar a inconstitucionalidade ou negar a aplicação de norma inserida no ordenamento jurídico. Previsão de redução das penalidades, atrelada ao pagamento do Auto de Infração, na norma de regência do ICMS. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 5ª JJF sob nº 0176-05/19 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 18/12/2017, para exigir ICMS no valor de R\$112.630,62, acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da seguinte infração:

Infração 01: Efetuou recolhimento a menor de ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente à aquisição de mercadorias. Multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

A exigência fiscal envolveu os fatos geradores do período entre os meses de março e dezembro do exercício de 2015.

A 5^a JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transrito, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

VOTO

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

A exigência fiscal em exame, abrange duas situações jurídicas distintas: 1º) a vedação do crédito fiscal nas aquisições interestaduais de medicamentos, por conta das disposições do Dec. Estadual nº 14.213/2012; 2º) a formação da base de cálculo do ICMS-ST a partir dos preços sugeridos na Tabela da ABCFARMA. A defesa sustenta também ser indevida a cobrança nas operações com preservativos e nas remessas interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos filiais do mesmo contribuinte. Invoca a aplicação ao caso da Súmula 166 do STJ, que prescreve que “não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Em relação à multa de 60% aplicada no Auto de Infração, a defesa argui o excesso da cobrança, pedindo a aplicação do art. 150, inc. IV da CF/88, que veda a utilização de tributo para fins de confisco e argumenta que há também violação neste caso aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Cabe examinar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo. A impugnação foi oferecida dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui anomalias com extemporaneidade. Inexistem defeitos de representação, considerando que a peça defensiva e posteriores intervenções foram firmadas por advogados devidamente habilitados por instrumento de procura anexo (doc. fls. 79/80). O contribuinte exerceu o seu direito de defesa e contraditou todos os termos da acusação fiscal com a entrega dos demonstrativos em que se fundamentou a cobrança contida na infração 01. Ausentes, portanto, motivos para se decretar a nulidade do procedimento fiscal, ainda que através de deliberação de ofício deste colegiado de julgamento.

A primeira questão de mérito a ser enfrentada, por este órgão de julgamento, envolve a cobrança de valores apurados na ação decorrentes de limitação de créditos fiscais, relacionados às operações promovidas pelos remetentes/vendedores localizados no Estado de Minas Gerais. Esses remetentes teriam se valido de benefícios fiscais concedidos por aquele Estado, sem respaldo em normas originárias de Convênios ou Protocolos, aprovados nos termos da Lei Complementar 24/1975, abatendo do ICMS-ST devido ao Estado Bahia, a título de crédito fiscal, as parcelas indevidas e não recolhidas à unidade federada de origem das mercadorias, em violação às disposições do Decreto baiano nº 14.213/2012, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, circunscritos aos meses do exercício de 2014.

No caso concreto, foi admitido apenas o crédito de 3%, ao invés de 7%, nas operações de aquisição originárias do Estado de Minas Gerais promovidas por atacadistas; e o crédito de 4%, ao invés de 7%, nas operações também originárias de Minas Gerais, com medicamentos da linha genérica, conforme consta nos itens 2.1 e 2.4, do Anexo único do Decreto Estadual nº 14.213/2012, reproduzido às fls. 21 e 22 do presente processo.

A defesa sustentou, na inicial, que a limitação dos créditos fiscais está baseada é mera presunção, pois não restou demonstrado pelo fisco baiano, que os remetentes atacadistas das mercadorias foram favorecidos pelos benefícios vedados pelo Dec. nº 14.213/2012. Afirmou ainda, que as mercadorias tiveram por origem, remessas efetuadas pelos Centros de Distribuição da empresa Irmãos Mattar & Cia Ltda, localizados no território mineiro, que não se encontravam na condição de beneficiários de incentivos fiscais estabelecidos na unidade federada de origem.

Na fase de informação fiscal, peça processual anexada às fls. 276/289, o autuante declarou assistir razão ao autuado no que se refere à insubsistência da cobrança quanto à limitação/vedação dos créditos previstos nos itens 2.1 e 2.4 do Anexo único do Decreto Estadual nº 14.213/12. Pontuou que a defesa apresentou provas de que as empresas Irmãos Mattar & Cia Ltda, situadas no Estado de Minas Gerais (CNPJ nº 25.102.146/0071-81 e CNPJ nº 25.102.146/0014-93), não são beneficiárias dos regimes especiais de tributação, conforme declaração, juntada aos autos, da Superintendência de Fiscalização da SEFAZ-MG e Declaração de Apuração do ICMS - DAPI (docs. fls. 94/290). Informou ainda, que o contribuinte não usufruiu dos benefícios fiscais concernentes às operações com medicamentos genéricos, vez que a benesse fiscal é restrita às operações promovidas por estabelecimento industrial, conforme previsão contida no art. 75, inc. XXII, do Regulamento do ICMS de Minas Gerais (RICMS/MG – Dec. Estadual nº 43.080/02) e que houve operações que na origem foram tributadas à alíquota de 4%.

Revisou a planilha de cobrança da infração 01, reduzindo o débito de R\$112.630,62 para a cifra de R\$65.044,66 (planilha inserida à fl. 277).

Cabe ainda consignar, que o Decreto baiano nº 14.213/2012, foi objeto de posterior revogação, através da disposição do art. 3º, do Dec. Estadual nº 18.219/2018, considerando ainda a edição da Lei Complementar nº

160/2017, instituída com o objetivo de encerrar a “guerra fiscal” do ICMS e a subsequente inserção no cenário jurídico do Convênio ICMS 190/2017, para a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes de isenções e de benefícios fiscais ou financeiros relativos a esse imposto.

Em relação aos valores remanescentes da autuação, o cerne da controvérsia gravita em torno da apuração da base de cálculo do ICMS-ST, defendendo a empresa a aplicação do valor da operação, e o autuante o uso do PMC (preço máximo de venda a consumidor) informado pelos fabricantes de medicamentos através da entidade representativa do setor farmacêutico (ABCFARMA).

A impugnação interposta pelo sujeito passivo, em síntese, consiste em aduzir se é ilegal a base de cálculo utilizada para apuração do imposto exigido, formada a partir dos Preços Máximos de Venda ao Consumidor (PMC), divulgados pela Revista ABCFARMA, por violar o princípio da reserva legal e a regra matriz de incidência do ICMS (art. 8º, §§ 2º e 3º da LC 87/96), princípio da tipicidade tributária, princípio da separação dos poderes na elaboração das normas tributárias e a vedação de uso das pautas fiscais para a fixação da base de cálculo do ICMS/ST.

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

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

Assim, diante do exposto, conclui-se que a base de cálculo do ICMS-ST, definida na lei, para medicamentos, é

preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial e divulgado ao público, ainda que através das entidades representativas do setor. No caso concreto, a base de cálculo utilizada pela empresa autuada foi inferior à prevista na norma legal, configurando a infração do recolhimento a menor do tributo em favor do Estado da Bahia.

No caso concreto, é devido o imposto pela empresa adquirente dos produtos farmacêuticos, na condição de farmácia ou drogaria, ainda que as entradas tenham origem em transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, já que não houve retenção do ICMS na unidade federada de origem das mercadorias (Minas Gerais), por força de norma prevista em acordo interestadual, firmado no âmbito do CONFAZ entre as unidades federadas envolvidas na operação. O Estado de Minas Gerais não era, à época da ocorrência dos fatos geradores lançados neste Auto de Infração, signatário de acordo interestadual com a Bahia para a retenção e pagamento do ICMS pelo regime de substituição tributária.

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

Ressalto ainda, que o posicionamento defendido pela autuada não encontra ressonância na jurisprudência deste CONSEF, que vem entendendo, de há muito, que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária (no caso de medicamentos) é o preço determinado pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta desse preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

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

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

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

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

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

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

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

Assim, não merecem guarida as alegações do recorrente de que as referidas listas de preços de medicamentos não são divulgadas publicamente, tratando-se de tabelas veiculadas em revistas editadas por associações, cuja distribuição se restringe aos seus associados, não estando o recorrente obrigado a associar-se a qualquer delas, ou que a falta de divulgação dos preços máximos de venda em meio acessível a todo o público impossibilita a aplicação do critério previsto no caput da cláusula segunda do Convênio

ICMS 76/94, já que a fixação dos preços como base de cálculo da substituição tributária independe desta publicação, visto que a Portaria nº 37/92 já define como se chegará a este preço, conforme se depreende da simples leitura do dispositivo retrotranscrito.

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

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

Podem ser citadas também diversas decisões no mesmo sentido, contidas nos Acórdãos CJF nºs 0293-11/09, 0199-11/09, 0129-12/09, 0056-11/09, 0443-12/10, 0208-11/11 e 0135-11/11. Merece destaque também decisões mais recentes, originárias deste contencioso administrativo do Estado da Bahia, a exemplo dos Acórdãos nº 0294-12/17 e nº 0290-11/17, com trechos reproduzidos na última peça informativa prestada pelo autuante.

A embasar também a legalidade do procedimento adotado no lançamento para a fixação da base de cálculo do imposto, há que se destacar o Parecer Jurídico da Procuradoria Estadual, no PAF nº 206926.0009/17-0, resultante de lavratura de A.I. perante este mesmo contribuinte. Na referida peça é exposto que há suporte normativo para a cobrança nas disposições no art. 8º, § 2º da LC nº 87/96 e na lei ordinária baiana (Lei nº 7.014/96), art. 23, inc. II, § 2º.

Por sua vez, os pareceres e decisões judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça defensiva também são incapazes de alterar o entendimento aqui apresentado, posto que não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia.

No que se refere à cobrança de imposto sobre as operações com “preservativos”, há previsão no ordenamento jurídico de isenção do ICMS condicionada ao abatimento no preço do valor do imposto que seria cobrado, caso não houvesse a isenção. Assim prescreve o art. 264, inc. XXIII do RICMS/12, fundamentado no Conv. ICMS 116/98, com a seguinte redação:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98);

Tratando-se de isenção condicionada caberia ao contribuinte ter demonstrado, a partir dos documentos fiscais emitidos nas operações de venda, através de notas fiscais ou cupons fiscais ECF, que promoveu o abatimento no preço cobrado do consumidor, da parcela equivalente ao valor do imposto. Esse fato modificativo do lançamento, de natureza econômica, não foi provado nos autos pelo sujeito passivo, de forma que fica preservada a cobrança do ICMS nas operações com preservativos, de acordo com o que foi apurado pelo autuante no Anexo 03 do Auto de Infração (doc. fls. 12 a 18).

No tocante à aplicação da Súmula 166 do STJ às operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, a regra contida na Lei do ICMS da Bahia, positivada no art. 4º, inc. I da Lei nº 7.014/96, é de que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída da mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Todavia, essa regra foi objeto de nova interpretação. Somente as operações internas de transferências não são mais tributadas pelo ICMS, considerando o entendimento consolidado no Incidente de Uniformização PGE (Procuradoria Geral do Estado da Bahia) nº 2016.169506-0 com o seguinte teor: “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”.

As operações objeto de lançamento de ofício para a cobrança de ICMS sobre as transferências internas não vem logrando êxito nas demandas submetidas aos tribunais superiores do país, de forma que a PGE vem orientando às instâncias administrativas de julgamento a não dar provimento a essas cobranças. Todavia, no caso em exame, as operações objeto do presente lançamento se referem a transferências interestaduais, que são tributadas, conforme previsão normativa expressa da Lei Complementar nº 87/96 - art. 12, inc. I e da Lei estadual nº 7.014/96 – art. 4º, inc. I, já mencionada linhas acima.

Importante destacar que a edição e publicação da Súmula 166 do STJ se deu antes da vigência da LC nº 87/96, de forma que o novo regime jurídico instituído pela norma complementar da Constituição, no nosso entender,

afasta a aplicação daquela Súmula.

Cabe examinar, doravante, o pedido subsidiário da defesa, atinente ao excesso e desproporção das multas aplicadas no Auto de Infração, fundamentado nas disposições do art. 150, inc. IV da Constituição Federal que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco.

Importante consignar, de início, que a penalidade pecuniária aplicada no presente Auto de Infração corresponde a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto exigido. Há previsão de redução das penas pecuniárias na própria da peça de lançamento. Os percentuais de redução das penalidades variam de 90%, caso o imposto fosse pago integralmente antes do encerramento do prazo de impugnação, a 70%, em caso de pagamento não integral, podendo atingir até 25%, se pago o débito antes do ajuizamento da execução fiscal, de forma que a multa lançada pode ser submetida a expressivas reduções, conforme previsto na própria lei de regência do ICMS na Bahia (Lei nº 7.014/96), no seu art. 45. O percentual da multa indicado no Auto de Infração é, portanto, variável e submetido às expressivas reduções previstas em lei.

No que se refere aos argumentos defensivos relacionados com o cancelamento ou redução das multas, com espeque no princípio do não confisco, positivado no art. 150, inc. IV da CF/88, são, em verdade, arguições de inconstitucionalidade das normas tributárias estaduais que prescrevem essas penalidades. Por força do artigo 167, inciso I do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade de normas integrantes do ordenamento jurídico, motivo pelo qual este colegiado não pode adentrar em tal discussão e sobre a mesma exarar decisões.

Frente ao acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, de forma que remanesce no lançamento os valores apurados na revisão efetuada pelo autuante na informação fiscal apensada às fls. 276 a 291, composta de texto, planilhas e mídia magnética. O Demonstrativo de Débito do Auto de Infração passa a ter a composição descrita na planilha abaixo, por período mensal:

INFRAÇÃO 01

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
07.06.08	1	31/03/2015	25/04/2015	13.625,61	7.630,46
07.06.08	1	30/04/2015	25/05/2015	3.380,14	0,00
07.06.08	1	31/05/2015	25/06/2015	17.132,78	12.121,70
07.06.08	1	30/06/2015	25/07/2015	12.744,25	8.167,45
07.06.08	1	31/07/2015	25/08/2015	12.696,32	7.992,12
07.06.08	1	31/08/2015	25/09/2015	12.397,61	7.557,95
07.06.08	1	30/09/2015	25/10/2015	9.710,17	5.256,86
07.06.08	1	31/10/2015	25/11/2015	12.099,93	7.089,03
07.06.08	1	30/11/2015	25/12/2015	8.721,26	4.295,92
07.06.08	1	31/12/2015	25/01/2016	10.122,55	4.933,18
TOTAL				112.630,62	65.044,67

Inconformada com a decisão de piso, a recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando o que segue.

Salienta que se trata de um estabelecimento filial da sociedade empresária “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”.

Diz que foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração – Processo Tributário Administrativo (AI/PTA) nº 2691330012/17-0, que lhe imputa o suposto recolhimento a menor de ICMS, apurado sob a sistemática da substituição tributária, bem como o aproveitamento indevido de créditos do imposto em operações interestaduais que, supostamente, teriam sido favorecidas por incentivos fiscais concedidos unilateralmente pelo Estado de Minas Gerais aos remetentes das mercadorias.

Compulsando o relatório do AI/PTA, na visão da fiscalização teria sido pretensamente recolhido a menor o ICMS devido a título de substituição tributária, ao fundamento de que a Recorrente 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. Além disso, verifica-se do auto de infração que houve limitação dos créditos aproveitados pela Recorrente com base no Decreto Estadual nº 14.213/2012, que veda os créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não

autorizado por convênio ou protocolo. E, por fim, salienta que se exige ICMS em face da suposta vendas por equipamento ECF de preservativos com isenção sem o devido desconto.

Sinaliza que o fiscal autuante, ao examinar a peça de impugnação, entendeu por bem acolher a arguição de que seria inválida a glosa de créditos de ICMS com base nos itens 2.1 e 2.4 do Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/2012, aceitando a comprovação de que a empresa não foi favorecida pelos incentivos fiscais listados na norma estadual. De igual sorte, foram acolhidos os argumentos relativos à ausência de concessão de incentivo fiscal aos fornecedores de medicamentos genéricos, uma vez que o benefício fiscal de que trata o art. 75, XXII do RICMS/MG (Decreto Estadual nº 43.080/2002) se aplica apenas às operações realizadas por estabelecimentos industriais.

Ressalta que o acórdão recorrido merece ser reformado, a fim de que sejam canceladas as exigências fiscais vertidas no auto de infração, haja vista que a denominada “Tabela ABCFARMA” revela a adoção de pauta fiscal para fins de determinação da base de cálculo do ICMS/ST, o que não se revela admissível à luz da hodierna jurisprudência pátria, bem como das normas de regência do ICMS (tanto as estabelecidas pela LCP nº 87/1996, quanto as contidas na própria legislação estadual).

Aponta 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: seja a partir da fixação do preço final a consumidor pelo órgão competente ou adotado pelo Fabricante ou o Importador. Diz que o fiscal autuante adota de critério para base de cálculo diverso do que definem os parágrafos 2º e 3º, do art. 8º da LCP nº 87/96, em que pese o respeitável entendimento em sentido contrário adotado pelo acórdão recorrido.

No caso concreto, por simples consulta aos relatórios fiscais do AI/PTA, 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.

Salienta para o devido 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 LCP 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.

Menciona que as exigências tributárias vertidas ao AI/PTA estão eivadas de nulidades insanáveis pela utilização de base de cálculo do ICMS/ST não prevista na LCP nº 87/96 e na Lei Estadual nº 7.014/96, portanto, em desacordo às normas de regência do tributo e na contramão do princípio da tipicidade tributária, capitulado no art. 97 do CTN c/c o art. 5º e art. 150 da CF/1988.

Aduz que não menos importante é observar que o r. acórdão recorrido deixou de levar em conta o fato de que 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. Isto porque, 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 LCP nº 87/96.

Ao revés da previsão da LCP nº 87/96, 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. Em outras palavras, salienta 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.

Cita que a adoção da tabela de preços máximos fixada pela ABCFARMA se escora em NORMA INFRALEGAL, no caso ato administrativo *stricto sensu* (Decreto), invadindo, assim, o campo da reserva absoluta de Lei, incidente especificamente na seara tributária por força de regra constitucional, o que é incompatível com o corolário da legalidade tributária e o princípio da separação dos poderes. Portanto, ao admitir que mero decreto, expedido por ato do Poder Executivo, fixe a utilização de tabela de preço máximo de venda a consumidor sugerida por Autoridade Competente, hipótese não prevista no art. 23, II, § 3º da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, verifica-se a partir disso, grave e insanável violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/1988), bem como ao princípio da legalidade/tipicidade tributária, assente nos arts. 97, I da CF/1988 c/c art. 150, I, também da CF/1988.

Diz que em casos análogos, a própria Administração Fazendária reconhece que toma por base o sistema de pautas fiscais mediante a adoção de Tabelas da ABCFARMA, para cobrança do ICMS/ST. É o que se extrai do voto do Conselheiro Dr. Rodrigo Lauande Pimentel, que deu provimento ao recurso interposto pela Recorrente no bojo do AI/PTA nº 269369.0934/14-8. Transcreve voto discordante.

Destaca, inclusive, que a autuação estampada no PTA de nº 269369.0934/14-8 foi objeto de Ação Anulatória de Débito Fiscal. Em referido processo, após a interposição de Agravo de Instrumento, foi concedida tutela de urgência para suspender a exigibilidade do crédito tributário, ante a relevância da argumentação relativa à inconstitucionalidade de utilização de pautas fiscais pelo Estado da Bahia.

Traz trecho do acórdão proferido no bojo do Agravo de Instrumento nº 0005166-42.2016.8.05.0000, relatado pela Exma. Desembargadora Dra. Silvia Carneiro Santos Zarif, perante a Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Conclui que à luz do próprio entendimento da il. Administração Fazendária do Estado da Bahia, dos julgados do Eg. TJBA, o AI/PTA erigido com fundamento e adoção do SISTEMA DE PAUTA FISCAL, deve ser, em decorrência disto, cancelado.

Invoca a Súmula nº 431, consagrado na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, transcrevendo. “É ILEGAL A COBRANÇA DE ICMS COM BASE NO VALOR DA MERCADORIA SUBMETIDO AO REGIME DE PAUTA FISCAL”.

Conclui que em decorrência do entendimento sumulado pelo Col. STJ, que a Administração Fazendária, ao adotar o sistema de pauta fiscal (tabela de entidade privada) em dissonância à legislação, viola o princípio da reserva legal na medida em que a partir deste postulado, a definição da base de cálculo de impostos é matéria de competência de Lei Complementar, *ex vi* do disposto no art. 146, III, alínea “a” da CF/1988.

Diz que não pode prevalecer a “engenhosidade” e desvirtuamento de conceitos promovido pela Administração Fazendária Baiana no bojo do AI/PTA, para dotar a associação ABCFARMA, reputar-se ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PRIVADO, DAS FEIÇÕES PRÓPRIAS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS, únicos detentores da competência para fixação dos preços máximos de venda a consumidor final para fins de ICMS/ST, competência esta, que também não foi exercida pelo legislador baiano.

Destaca 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.

Ressalta ainda que a própria ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), por meio da Nota

Técnica nº 001/2009/GGTPS (anexo Doc. 04), lembra que o conceito de IMPORTADOR é definição técnica erigida pela Lei nº 5.991/73, não se afigurando possível a alteração que tais acepções técnico-legais para cobrança de tributo, no caso a equiparação de associação de comerciantes do ramo farmacêuticos (ABCFARMA) ao estabelecimento industrial (FABRICANTE/IMPORTADOR).

Aduz que 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, 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. Ou em desacordo às acepções técnica, semântica e lexical dos conceitos de direito que informam as regras matrizes de incidência.

Trata da suposta desconsideração dos fundamentos adotados pelo r. acórdão recorrido para desconsiderar a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 76/1994. Diz que a fiscalização inobservou regras específicas à apuração do tributo dispostas no CONVÊNIO ICMS de 76/94, além de apresentarem descompasso com relação aos preços médios praticados na comercialização dos medicamentos.

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. Afirma que a fiscalização se olvidou de observar o que diz o CONVÊNIO ICMS N.º 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 n.º 10.147/00.

Por fim, quando a multa aplicada, destaca que as multas impostas desafiam os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade ao contrário do que considerou o acórdão recorrido. Menciona não ser razoável nem proporcional à incidência de penalidades que correspondam a cerca de 60% aproximadamente, do suposto crédito tributário exigido, ao contrário do que prevê a norma. Traz vasta jurisprudência a respeito.

Por tudo quanto alegado e demonstrado, espera e requer a Recorrente que seja provido o recurso, a fim de determinar a reforma da decisão recorrida e o imediato cancelamento dos lançamentos consubstanciados no AI/PTA e de todas as exigências nele contidas, bem como a inexistência das relações jurídicas relativamente às alegadas exigências de ICMS, decretando-se definitivamente o cancelamento da autuação.

Este é o relatório.

VOTO

Saliento que o presente Recurso Voluntário é praticamente a cópia fiel da peça apresentada em outro Auto de Infração, no qual também figurei como relatora. Referidos autos lavrados contra o mesmo contribuinte reclamam crédito tributário em decorrência do recolhimento a menor do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto rural, referente à aquisição de mercadorias.

Saliento, portanto, que as teses de defesa trazidas no referido Recurso foram todas elas também enfrentadas naquela oportunidade.

Aduz a recorrente que o acórdão recorrido está eivado de nulidade absoluta, na medida em que lhe falta requisito essencial, qual seja a motivação exauriente das circunstâncias de fato e de direito que deram azo à lavratura do auto de infração, ao contrário do que considerou o acórdão recorrido.

Neste sentido, não há que se falar em ausência de motivação do ato administrativo, visto que o descriptivo da infração na peça acusatória foi claro e determinado, a base de cálculo foi apurada e demonstrada pelos autuantes em atendimento dos procedimentos previstos em nosso processo administrativo fiscal, sendo certo que permitiu que a autuada exercesse com plenitude o exercício do direito de defesa e do contraditório, razão pela qual afasto a nulidade suscitada.

Explica a recorrente que o trabalho fiscal exige diferenças no recolhimento de ICMS/ST sobre medicamentos, diferenças estas que teriam sido apuradas com o confronto da base de cálculo utilizada pela autuada e os PMC's definidos pela ANVISA.

Isto porque discute-se no presente lançamento a metodologia utilizada pelo autuado para efeito de cálculo da antecipação tributária das aquisições na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, que difere do cálculo levado a efeito pelo autuante que utilizou para tal fim o preço máximo de venda sugerido pela tabela ABCFARMA.

Entende a recorrente que a apuração dos créditos utilizou a Tabela de PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editada pela ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico), não valorando os preços finais a consumidor fixados por órgão público competente, nem tampouco os preços informados pelo estabelecimento fabricante/importador.

Avaliando, portanto, as alegações trazidas, verifico que os preços dos medicamentos são, de fato, regulados e não tabelados, ou seja, a CMED estabelece um limite máximo, mas a concorrência de mercado é livre para a prática de descontos, podendo o fabricante, por exemplo, não aplicar o índice de reajuste fixado pelo órgão público e o varejista comercializar o medicamento abaixo do PMC publicado nas revistas especializadas de grande circulação.

Neste sentido, apesar da CMED impor aos fabricantes e titulares dos registros de medicamentos o dever de divulgar anualmente a lista de preços de seus medicamentos, os fabricantes poderão, desde que respeitados o teto máximo autorizado pela CMED, alterar o Preço Fábrica (PF) e consequentemente o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) nas revistas especializadas, que são publicadas mensalmente pela ABCFARMA.

De fato, esse critério pode gerar distorção, se considerada a hipótese da indústria, dos distribuidores e/ou das farmácias praticarem preços inferiores aos constantes da tabela CMED.

Eis, contudo, a inviabilidade de normatizar a apuração e o recolhimento do ICMS-ST com base em suposto preço aplicado na etapa final do varejo.

Apesar do critério legal acima demonstrado gerar distorções, de fato, está legalmente previsto.

Portanto, no caso presente, não há outra base de cálculo a ser adotada pela fiscalização na determinação do *quantum* do imposto é devido. Não há, portanto, violações ao princípio da tipicidade, pois os elementos integrantes do presente Auto de infração são precisos, a base de cálculo do imposto foi devidamente demonstrada e não há qualquer elemento que demonstre subjetividade na aplicação da norma.

Neste ponto, importante esclarecer que os preços inseridos na referida revista, em verdade, são valores sugeridos pelo fabricante de medicamentos, sendo aquele instrumento apenas o mecanismo responsável pela sua divulgação.

A Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96 no §3º do seu art. 23 assim dispõe: “§ 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”, Ou seja, resta evidente a previsão legal dos fatos em comento.

A Súmula nº 431 do STJ prevê a ilegalidade de cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal, sendo certo, contudo, que tal previsão não se confunde com a sistemática da substituição tributária progressiva, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo

Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Referido tema já foi abordado e reconhecido pelo STJ, conforme abaixo reproduzido:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. PREÇO FINAL A CONSUMIDOR SUGERIDO PELO FABRICANTE (DIVULGADO NA REVISTA ABCFARMA). LEGALIDADE. PAUTA FISCAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. O preço final a consumidor sugerido pelo fabricante (divulgado em revista especializada) pode figurar como base de cálculo do ICMS a ser pago pelo contribuinte sujeito ao regime de substituição tributária “para frente”, à luz do disposto no artigo 8º, § 3º, da Lei Complementar 87/96, verbis: “Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será: (...) II - em relação às operações ou prestações subsequentes, 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”. 2. Consoante cediço, “é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal” (Súmula 431/STJ), o que não se confunde com a sistemática da substituição tributária progressiva, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 213.396, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 02.08.1999, DJ 01.12.2000; e RE 194.382, Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 25.04.2003, DJ 25.04.2003). 3. Assim é que se revela escorreita a conduta da Administração Fiscal que estipula base de cálculo do ICMS, sujeito ao regime da substituição tributária progressiva, com espeque no preço final ao consumidor sugerido pelo fabricante de medicamentos e divulgado por revista especializada de grande circulação. É que o STJ já assentou a legalidade da utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva. (REsp 1.192.409/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010; e RMS 21.844/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 01.02.2007). 5. Recurso ordinário desprovido. (RMS 24172/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 10/05/2011) (grifo nosso)

Pelo exposto, entendo que os fundamentos defensivos, de logo, restam fragilizados, vez que, o STJ ao firmar entendimento quanto a legalidade da utilização dos preços indicados na Revista ABCFARMA, por certo se debruçou sobre toda a legislação em comento e rechaçou a tão invocada ilegalidade do ato.

Assim, concluo pela rejeição de todas as teses defensivas da recorrente, teses essas que refutam a utilização da “Tabela ABCFARMA” e querem forçosamente sinalizar para uma suposta adoção de pauta fiscal para fins de determinação da base de cálculo do ICMS/ST.

Não há, portanto, violações ao princípio da reserva de lei complementar, ao princípio da legalidade, nem tampouco é pertinente alegar o fato de a ABCFARMA ser uma associação de direito privado.

Se observada a decisão do Supremo acima transcrita, é possível verificar que a fundamentação ali inserida parte do pressuposto que o preço é sugerido pelo fabricante e divulgado em revista especializada, não sendo, portanto, pertinente avançar nas teses abordadas em peça defensiva.

O presente Auto de Infração foi lavrado após ser constatado pelo fiscal autuante que a autuada realizou transferências entre filiais, de Minas para a Bahia, sem observar o PMC veiculado pela ANVISA na apuração do ICMS previsto na modalidade da substituição tributária.

Conforme bem salientado pela Junta de Julgamento, não são aplicadas as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94, pelas empresas localizadas no Estado de Minas Gerais, nas operações interestaduais de medicamentos, que são enquadrados no regime de substituição tributária.

Neste caso, o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes, conforme disposto no art. 8º, inc. II e art. 23 da Lei nº 7.014/96, observando o que

determina o Convênio ICMS 76/94, do qual a Bahia é signatária.

Afirma ainda a recorrente que a fiscalização não observou a redução da base de cálculo do imposto, prevista no Convênio ICMS 34/06 e que, portanto, o fiscal autuante quantificou erroneamente o crédito tributário.

Não vislumbro como acolher a pretensão do Recorrente, que almeja a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 34/06, visto que as disposições do referido Convênio só são aplicáveis às hipóteses em que a quantificação da base de cálculo da substituição tributária se dá através da utilização de MVA, o que não é o caso dos autos.

Quanto às multas aplicadas, foge da competência desse Colegiado a apreciação de redução de multa por obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269133.0012/17-0, lavrado contra IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$65.044,67, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS