

A. I. N° - 281331.1001/10-0
AUTUADO - PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A
AUTUANTES - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA e RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 17.08.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0228-04/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PRODUTOS FARMACÊUTICOS) DERIVADA DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO ICMS 76/94) REALIZADA POR ESTABELECIMENTO ATACADISTA LOCALIZADO EM ESTADO SIGNATÁRIO DO REFERIDO ACORDO (ESPÍRITO SANTO). ESTABELECIMENTO REMETENTE RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NAS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES NO ESTADO DA BAHIA. Restou comprovado que o estabelecimento remetente das mercadorias devidamente inscrito neste Estado é responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição, porém o fez em valor a menos que o devido. É legal a aplicação do PMC na apuração da base de cálculo do imposto substituto devido conforme determinação contida na LC 87/96 e Convênio ICMS 76/94. A multa aplicada é legal pois é prevista na Lei Estadual 7.014/96. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 19/10/10, exige ICMS relativo à retenção a menos do imposto, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado – R\$673.264,40.

O autuado na defesa apresentada (fls. 177/209) inicialmente esclarece que é uma distribuidora de medicamentos que possui filial no Estado da Bahia, gerando diversos empregos, sobrevive a duras penas num mercado competitivo e a exigência fiscal de mais de um milhão de reais confisca parte do seu faturamento o que certamente conduzirá ao encerramento de suas atividades.

Preliminarmente requer a nulidade da autuação sob o argumento que a fiscalização foi feita com base em dados contidos nos arquivos magnéticos e os demonstrativos juntados aos autos são incompreensíveis, não esclarecem a infração, não conseguindo compreender como se chegou aos números apresentados, contrariando o disposto no art. 39, III do RPAF/BA (descrição dos fatos considerados infração tributária de forma clara, precisa e sucinta).

Discorre sobre o princípio do contraditório (art. 5º, LV da CF) cita textos de doutrinadores para realçar o direito da ampla defesa aplicável a qualquer tipo de processo num Estado Democrático.

Manifesta que a justiça administrativa “não vem sendo alcançada como se espera” seja pela falta de independência dos julgadores ou sistema dualista que admite decisões nas esferas administrativas e judicial. Requer a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de falta de clareza e precisão da imputação fiscal e incompreensível os demonstrativos colacionados ao processo.

Suscita a nulidade ainda, sob a alegação de ilegitimidade passiva, por entender que a Cl. 5ª do Convênio ICMS 81/93 e art. 355 do RICMS/BA excepciona a retenção do imposto por parte do re-

metente em relação às operações de transferências para outro estabelecimento do mesmo titular recaindo a retenção por parte do destinatário que promover a saída das mercadorias.

Afirma que mesmo que os autuantes não considerem os citados dispositivos legais, o art. 3º-A do Dec. 7.799/00 atribui ao Distribuidor de Medicamentos a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo às operações subsequentes com medicamentos. Alega que o estabelecimento autuado não se encontra no pólo passivo da relação jurídica tributária no período fiscalizado e cabe a responsabilidade pelo pagamento do imposto por substituição ao seu estabelecimento filial adquirente da mercadoria localizado no Estado da Bahia.

Discorre sobre o art. 121 do Código Tributário Nacional (CTN), quanto à distinção do sujeito passivo da relação jurídico-tributária, cita texto de doutrinadores acerca de hipóteses de incidências, responsabilidade tributária, afirmando que no caso em apreço não existe base legal para eleger o estabelecimento autuado como substituto tributário. Ressalta que tendo ocorrido pagamento do imposto pelo destinatário, a exigência do imposto por parte do remetente configura duplicidade de pagamento e enriquecimento ilícito do Estado-BA.

Suscita ainda a nulidade sob o argumento de que a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA) possui finalidade de defender interesses de empresários do setor comercial, mas não detém competência legal para estabelecer preços máximos sugeridos ao consumidor como aplicado pelos autuantes. Ressalta que o art. 8º da LC 87/96 estabelece a base de cálculo para apurar o ICMS devido por substituição tributária e não podem ser utilizados os preços sugeridos pela ABCFARMA, que não é fabricante nem importador, por falta de amparo legal.

Afirma que os autuantes deveriam “anexar lista de preços sugeridos pelos fabricantes” em obediência aos comandos do legislador complementar. Questiona qual cláusula do Convênio ICMS 76/94 ou da legislação baiana se refere à tabela ABCFARMA, ANVISA ou qualquer outra para apurar a base de cálculo. Requer que seja declarada nula a infração, por ter sido apurada base de cálculo suportada por valores consignados na tabela ABCFARMA sem previsão legal.

Por fim, diz que ainda que se admita a utilização da citada Tabela ABCFARMA, verifica que a autuação compreende o período de 31/01/06 a 30/04/08, porém os autuantes não lhe entregaram as mencionadas tabelas relativas ao período fiscalizado, motivo pelo qual requer sua nulidade.

No mérito, diz que em obediência aos princípios da estrita legalidade, da capacidade contributiva e da proibição do confisco, a base de cálculo deve estar expressamente prevista em lei e constitui tributação confiscatória a apuração do imposto que despreze a base de cálculo real (legítima) em que a operação foi praticada. Conclui que a base de cálculo do ICMS não pode ser superior ao “valor da efetiva venda da mercadoria” o que constitui uma inconstitucionalidade.

Cita o art. 148 do CTN e diversas decisões de Tribunais Superiores (ReEsp 242311; AGA 477831; ROMS 13.294 do STJ e Rel 2777 MC/PI–Medida Cautelar na Reclamação cujo Relator foi o Min. Gilmar Mendes) no sentido de que deve ser prestigiado a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria quando conhecida e não na pauta fiscal por afrontar o princípio da legalidade.

Ressalta que esta questão já está pacificada nos Tribunais Superiores, restando ao CONSEF declarar a improcedência da imputação fiscal pela absurda pretensão.

Descreve a hierarquia da substituição tributária (art. 155, XII, “b” da CF), delegação a lei complementar (LC 87/96) que no seu art. 8º, §3º estabelece que “existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço”, entretanto a Lei 7.014/96 ao se referir à base de cálculo da substituição tributária diz que “na falta do preço estabelecido por órgão competente a que se refere o parágrafo anterior, a base de cálculo, para fins de substituição tributária, poderá ser o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador, se houver, desde que, comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído”.

Conclui esta linha de raciocínio afirmando que a base de cálculo do ICMS é matéria de reserva legal e nem o Regulamento do ICMS/BA e nem o Convênio ICMS 76/94 constituem instrumentos jurídicos legais para fixar a base de cálculo da substituição tributária, bem como o preço de venda do contribuinte substituído não é o preço da tabela ABCFARMA. Ressalta que não houve subfaturamento dos preços das mercadorias para que se abandonasse o valor da operação em detrimento da adoção da base de cálculo fixada em pauta fiscal.

Requer a improcedência do Auto de Infração por contrariar todo o ordenamento jurídico vigente.

Reitera a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA, inconstitucionalidade da pauta fiscal, entende que não pode ser aplicado o PMC, ou na sua falta, com adição da MVA por ser ilegal e inconstitucional, tendo em vista que a base de cálculo é fundamentada no valor da operação. Cita trecho de doutrinadores, decisões de Tribunais Superiores para fundamentar que acordos interestaduais e legislação infraconstitucional não podem modificar a regra matriz do ICMS.

Alega que a multa aplicada é exagerada e tem efeito confiscatório afrontando o art. 150, IV da CF conforme tem decidido os Tribunais Superiores.

Por fim, requer anulação do Auto de Infração por vício formal insanável, por ilegitimidade passiva, pela ilegitimidade da aplicação da lista de preços da ABCFARMA, pela falta de apresentação das tabelas ABCFARMA e ainda que a Presidente do CONSEF submeta proposta de representação ao Secretário da Fazenda do Estado da Bahia para revogar os dispositivos regulamentares ilegais e inconstitucionais quanto ao entendimento pacificado nos Tribunais Superiores quanto à pauta fiscal e por fim, o efeito confiscatório das multas aplicadas. Requer ainda, diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, perícia, e a apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos, além de juntada de documentos.

Os autuantes na informação fiscal prestada às fls. 249/254, inicialmente discorrem sobre as alegações defensivas e dizem que por medida cautelar salientam que:

1. A simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal (art. 143 do RPAF/BA);
2. O estabelecimento autuado é contribuinte regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, com atividade de distribuição de produtos farmacêuticos, estando sujeito à substituição tributária nas suas operações mercantis;
3. O Estado do Espírito Santo é signatário do Convênio ICMS 76/94.

Com relação às preliminares de nulidades suscitadas, contestam dizendo que:

- a) Cerceamento do direito de defesa: Afirmando que o demonstrativo à fl. 15 resume mês a mês os valores autuados de acordo com os demonstrativos analíticos juntados às fls. 16/46, cujas cópias foram entregues ao autuado, inclusive em meio magnético, com informação das notas fiscais, itens, valor da operação, quantidades, valor do PMC ou MVA na apuração da base de cálculo e sua redução, cujo modelo é padrão na SEFAZ e gerado por sistemas.
- b) Ilegitimidade passiva: Ao comercializar produtos enquadrados na substituição tributária, inscrito como contribuinte substituto no Estado da Bahia, localizado no Estado do Espírito Santo fica caracterizada a responsabilidade tributária de retenção e recolhimento do imposto nos termos das regras contidas no Convênio ICMS 76/94 (Cl. 1ª) e 81/93 (Cl. 2ª) e art. 370 do RICMS/BA.
- c) Ilegitimidade da ABCFARMA para estabelecer PMC. Dizem que o autuado está equivocado ao afirmar que aquela Associação estabelece preço de venda ao consumidor, visto que a mesma apenas divulga os preços estabelecidos pelos fabricantes através de revistas especializadas disponibilizadas ao público (Internet). Concordam que o art. 8º, §3º da LC 87/96 é que define o preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador.

- d) Falta da tabela ABCFARMA. Afirmam que a lista de preços publicada pela ABCFARMA é de livre acesso ao público, encontrando-se em quaisquer drogarias e farmácias.

No mérito, com relação à base de cálculo ressaltam que o art. 61 do RICMS/BA e Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94 são bem claros quanto à fixação da base de cálculo, conforme transcreveram às fls. 253/254. Concluem que os procedimentos fiscais estão embasados na legislação pertinente e obedeceram aos aspectos regulares dentro da legalidade.

Quanto ao efeito confiscatório da multa, argumentam que a mesma é aplicada de acordo com a legislação pertinente. Requerem a procedência do Auto de Infração.

A 4ª JJF determinou a realização de diligência (fl. 258) no sentido de que fosse juntada ao processo cópia da Tabela ABCFARMA, entregue uma cópia ao autuado com reabertura do prazo de defesa.

Na segunda informação fiscal (fl. 259) os autuantes esclareceram que a citada Tabela juntada à fl. 259-A foi fornecida à Gerência de Substituição Tributária pela ABCFARMA, em cópia gravada em mídia devidamente autenticada em chave hexadecimal.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, com fornecimento da mencionada Tabela, mediante recibo (fls. 263/264), com reabertura do prazo de defesa de trinta dias, não tendo o mesmo se manifestado no prazo legal concedido.

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal no sentido de comprovar suas alegações. Conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente foram juntados demonstrativos elaborados com base nas notas fiscais emitidas pelo próprio defendente e não há necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião, em face dos quesitos formulados.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que os demonstrativos acostados aos autos não esclarecem a infração imputada, faltando clareza e imprecisão. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). Conforme ressaltado pelos autuantes, os demonstrativos às fls. 16/46, relacionam as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, tipo de medicamento, itens, valor do produto, quantidades, valor do PMC ou MVA na apuração da base de cálculo, o valor retido, o valor recolhido e diferença devida. Logo, em se tratando de estabelecimento distribuidor de medicamentos é compreensível a apuração das diferenças apuradas pela fiscalização e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

Suscitou também a nulidade por alegação de ilegitimidade passiva. Verifico que o art. 9º da LC 87/96 estabelece que “a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados” o que é referendado nos artigos 10 e 11 da Lei Estadual 7.014/96. Por sua vez a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94 estabelece que nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único (contempla medicamentos), fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS). Logo, as mercadorias objeto da autuação são enquadradas no regime de substituição tributária. Ocorre que a citada norma atribui esta responsabilidade ao estabelecimento importador ou industrial fabricante que não é a

situação do autuado que exerce a atividade de distribuidor de medicamentos (atacadista), motivo pelo qual não se aplica a regra prevista no art. 575, II do RICMS/BA (Cláusula 5ª, II, do Convênio ICMS 81/93) visto que o seu Parágrafo único define como “Sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria” e sim o disposto na Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93 que estabelece:

Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Portanto, o estabelecimento autuado figura como sujeito passivo nas operações de vendas de mercadorias para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Ressalte-se que o recorrente promoveu a retenção do ICMS-ST em obediência ao citado Convênio, como faz prova as notas fiscais por ele emitidas na condição de contribuinte substituto no Estado da Bahia (fls. 16/46), entretanto o fez com valor a menos (fl. 17). Pelo acima exposto, concluo que o recorrente estabelecido no Estado do Espírito Santo estava obrigado a cumprir as determinações contidas no Convênio ICMS 76/94, tendo em vista que aquele Estado é signatário do citado Convênio e o Estado da Bahia, também signatário do citado Convênio e sujeito ativo da obrigação tributária, motivo pelo qual, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Suscitou ainda a nulidade da autuação sob o argumento de ilegitimidade da aplicação da lista de preços da ABCFARMA. Observo que o Convênio ICMS 76/94 (recepcionado no art. 61, RICMS-BA), na sua cláusula segunda determina que 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 mercadorias 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 importador ou fixado pela autoridade competente;

II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferidos aos adquirentes, adicionando-se ao montante a margem de valor agregado (MVA), relativo às operações subsequentes.

A tabela de preços publicada pela ABCFARMA constitui efetivamente na divulgação dos preços sugeridos pelos fabricantes, não tendo aquela Associação determinado os preços e sim efetivado a sua divulgação. Na apuração da base de cálculo do ICMS-ST é legítima a aplicação do preço sugerido pelo fabricante que quando existente deve prevalecer em relação ao valor da operação própria adicionada de outras despesas e MVA. Na situação presente, verifico que nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, foi utilizado em primeira ordem o valor do Preço Máximo de Venda a Consumidor (PMC), para os produtos relacionados na Tabela de Preço sugerida pelo fabricante (Tabela ABCFARMA), a exemplo da nota fiscal 267.476 (fl. 16) e na segunda ordem, o preço do produto acrescido das Margens de Valor Agregado (MVA) de 49,08% para os produtos não constantes da citada Tabela a exemplo da nota fiscal 383.825 (fl. 32).

Portanto, não ficou caracterizada a ilegitimidade preconizada. Ressalto que em decisões da segunda instância deste CONSEF, foi manifestado o entendimento de que na apuração do imposto por antecipação tributária nas operações com medicamentos oriundos de outros Estados, deve ser utilizado como base de cálculo do imposto, o preço máximo de venda sugerido pelo fabricante, conforme previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, cuja norma foi recepcionada pelo art. 61, § 2º, I, do RICMS/97, a exemplo do Acórdão CJF nº 0376-11/04, motivo pelo qual não acato a nulidade requerida.

Suscitou do mesmo modo a nulidade da autuação, pela falta de apresentação das tabelas ABCFARMA. Verifico que nos demonstrativos juntados às fls. 16/46 os autuantes indicaram em coluna

própria a descrição do medicamento (Atenobal, Lactipan, Finastil, Sinvalip...) o valor do PMC com base na citada Tabela ou o valor do produto acrescido da MVA, apondo no fim o critério de apuração da base de cálculo (PMC ou MVA). Por determinação do CONSEF foi realizada diligência fiscal (fl. 258), na qual foi entregue mediante recibo à Tabela ABCFARMA relativa ao período fiscalizado e reaberto o prazo de defesa, não tendo o impugnante se manifestado no prazo legal concedido. Como os PMCs foram indicados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização e não houve contestação de que houve utilização incorreta dos valores atribuídos com base na citada Tabela, rejeito o pedido de nulidade suscitada.

Por fim, ainda com relação às preliminares, fica registrado o pedido da representação ao Secretário da Fazenda do Estado da Bahia para revogar os dispositivos regulamentares que entende serem ilegais e inconstitucionais quanto ao entendimento pacificado nos Tribunais Superiores, porém conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à retenção e recolhimento a menos do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado alegou que a base de cálculo deve estar expressamente prevista em lei, devendo prevalecer o valor da operação, só justificando o arbitramento da base de cálculo quando os preços praticados não merecerem fé e não há prova nos autos desta ocorrência.

Argumentou também que o preço de venda do contribuinte substituído não é o preço da tabela ABCFARMA e que o RICMS/BA e o Convênio ICMS 76/94 não são instrumentos jurídicos legais para fixação da base de cálculo da substituição tributária.

Conforme ressaltado pelo impugnante o art. 155, XII, “b” da CF/88 delegou à Lei Complementar, a atribuição de dispor sobre a substituição tributária.

Por sua vez, o art. 9º da Lei Complementar 87/96 estabelece que “a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados” o que é referendado no art. 10 da Lei Estadual 7.014/96, “nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas” e art. 11 “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”.

A Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94 estabelece que nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS). O Anexo Único contempla medicamentos e outros produtos. Logo, as mercadorias objeto da autuação são enquadradas no regime de substituição tributária.

Ocorre que a citada norma atribui esta responsabilidade ao estabelecimento importado ou industrial fabricante que não é situação do autuado que exerce a atividade de distribuidor de medicamentos (atacadista), motivo pelo qual aplica-se a regra prevista na Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93 que estabelece:

Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

No tocante à base de cálculo, o art. 8º, §3º da LC 87/96 estabelece que 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.

O art. 9º do citado diploma legal estabelece que “A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados”. Por sua vez, conforme apreciado nas preliminares de nulidades, a Cláusula Segunda do Conv. ICMS 76/94 (art. 61, RICMS-BA), estabelece que a base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição relativamente às operações subseqüentes é:

I - o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador ou fixado pela autoridade competente;

Pelo exposto, ao contrário do que foi alegado, a exigência do ICMS relativo a operações interestaduais com medicamentos entre contribuintes localizados em Estados signatários (Bahia e o Espírito Santo) do Convênio ICMS 76/94, possui respaldo legal na legislação tributária e a apuração da base de cálculo do ICMS-ST com alicerce dos preços sugeridos pelo fabricante é legal.

Ressalto que o demonstrativo elaborado pelos autuantes (fls. 16/46) fazem prova de que foi feita a retenção do ICMS-ST nas notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado devidamente inscrito como contribuinte substituto no Estado da Bahia (fls. 49/172), entretanto o fez com valor a menos que o devido (fl. 47). Também, não houve arbitramento da base de cálculo e sim apuração da mesma de acordo com o PMC sugerido pelo fabricante, inclusive considerada a redução de 10% prevista no art. 61, §2º, I do RICMS/BA e art. 3-A, do Dec. 7.799/00, a exemplo do produto Atenobal relacionado na fl. 16 cujo PMC unitário era de R\$12,47 o que resultou em base de cálculo/ST de R\$99,76 que reduzida em 10% resultou em valor de R\$89,78 cujo valor foi indicado corretamente na nota fiscal 267.476. Entretanto, mesmo contemplando a redução da base de cálculo ou MVA ocorreram diferenças na apuração do imposto em relação a outros produtos. Portanto, está correto a apuração do ICMS-ST apurado pela fiscalização.

Relativamente à suposta inconstitucionalidade da legislação estadual e Convênio, conforme dito anteriormente, o art. 167, I do RPAF/BA determina que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fls. 4/5), se atendida as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração. Com relação à alegação de que a multa tem caráter confiscatório e inconstitucional, como apreciado anteriormente, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **281331.1001/10-0**, lavrado contra **PRO-FARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$673.264,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR