

A. I. Nº - 269182.0001/11-5
AUTUADO - DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO MARCELO ALBUQUERQUE DO NASCIMENTO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 08.08.2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0163-01/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado que o contribuinte recolheu a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89, do RICMS/BA/97, em decorrência de inobservância do disposto no art. 3º-A do Dec. 7.799/00. Diligências solicitadas por esta Junta de Julgamento Fiscal, em face das alegações defensivas, resultaram no refazimento dos cálculos e redução do valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Indeferido o pedido de realização de revisão fiscal pela ASTEC/CONSEF. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/06/2011, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$3.321.833,69, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2010. Consta que a infração está demonstrada nos arquivos eletrônicos em mídia anexa, de forma sintética (mensal por nota fiscal) e analítica (anual por item de mercadoria), em guias do arquivo do respectivo ano, além de arquivo eletrônico com quadro resumo. Na apuração tomaram-se como recolhidos os valores de ICMS apontados em cada nota fiscal, conforme demonstrado pelo contribuinte nos seus arquivos eletrônicos apresentados, onde consta a memória de cálculo do ICMS recolhido por antecipação tributária, que fazem parte do conteúdo da mídia anexa. Conforme disposto nos demonstrativos, foi feito o cálculo do valor do imposto por item de mercadoria constante das notas fiscais de entradas, baseado na forma de apuração mais favorável ao contribuinte, conforme opção que lhe é dada pelo Termo de Acordo que celebrou com a SEFAZ/BA, que assegura o cálculo e recolhimento do ICMS por antecipação com base no art. 3º-A do Decreto nº 7.799/00. Seguindo essa regra, foi também utilizado o preço máximo ao consumidor – PMC vigente à época da infração ou, na falta do PMC, a MVA prevista no Convênio ICMS 76/94. Esse cálculo foi totalizado por nota fiscal e cotejado com o valor calculado também por nota fiscal do contribuinte, sendo cobrada a diferença.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 44 a 62) arguindo preliminares de nulidade do Auto de Infração, por falta de clareza da infração imputada; inobservância do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Alega que da leitura da infração consignada no Auto de Infração não foi possível a compreensão da irregularidade cometida, como também tal dificuldade alcança também qualquer pessoa de mediana inteligência que labora na área fiscal-tributária. Afirma que o autuante desconheceu os preceitos contidos no artigo 39 do RPAF/BA que prevê que a descrição da infração há de ser clara precisa e sucinta. Destaca que o Auto de Infração, instrumento necessário para a exigência de tributo, conforme o tratamento legal do art. 38 do RPAF estadual, deve atender aos dispositivos legais insculpidos na lei instituidora do tributo.

Aduz que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 155, II, definiu a competência tributária dos Estados membros para instituir imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Por sua vez o inciso XII, da Carta Magna delegou à Lei Complementar, além de outras disposições, a definição dos contribuintes do imposto e a fixação da base de cálculo.

Frisa que ao direito tributário e à contabilidade interessa a verdade material ou real. Não se contentam apenas com a verdade formal. Menciona que Xavier, citado por Cassone & Cassone (2000, p.44), expressa o que seja o princípio da verdade material, conforme texto que reproduz.

Invoca também nesse sentido o Acórdão nº 5.510/99, proferido pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba. Acrescenta que este princípio determina que a autoridade administrativa tem o dever de considerar todas as provas e fatos de que tenha conhecimento, de determinar a produção de provas, trazendo-as aos autos, quando elas forem capazes de influenciar na decisão, ou, até, de tomar conhecimento de novos fatos que venham a ser alegados pelos interessados após o prazo de defesa. Ou seja, o que importa é que se chegue à melhor reprodução possível dos fatos tais quais aconteceram, ficando afastados empecilhos processuais que impediriam que isto acontecesse.

Observa que devem ser consideradas as provas e os novos fatos mesmo que favoráveis ao interessado, ainda que este não os tenha alegado ou declarado. Saliencia que a importância do princípio da verdade material é afirmada por Aurélio Pitanga Seixas Filho, conforme lição que transcreve.

Diz que se pode concluir do exposto que não houve os esclarecimentos necessários pelo autuante sobre a natureza das imputações fiscais.

Assinala que o texto descritivo do Auto de Infração, narra que efetuou o recolhimento a menos por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o que resta demonstrado que a imputação fiscal não deixa claro o ilícito fiscal que supostamente teria cometido.

Afirma que se a acusação é de recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, está completamente equivocada, pois nunca deixou de recolher qualquer valor a título de ICMS por antecipação tributária, conforme se comprova pela simples análise de qualquer livro fiscal da empresa. Indaga: “Com efeito, qual a natureza do recolhimento a menos do ICMS?” Responde que não sabe.

Aduz que para evitar a insegurança jurídica o artigo 39 do RPAF estabelece os pressupostos essenciais para a lavratura do Auto de Infração, conforme a redação que transcreve. Assinala que o procedimento administrativo é dominado pelo princípio inquisitivo e não pelo dispositivo, isto é, o próprio Fisco investiga se o fato gerador ocorreu, verifica a existência da obrigação e pune o infrator.

Diz que nesta esteira, o artigo 39, III do RPAF-BA, preleciona que o Auto de Infração conterá a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias de forma clara, precisa e sucinta. Apresenta o significado do vocábulo descrição, para dizer que é elemento essencial à

lavratura do Auto de Infração, sendo necessário, portanto, que o Auditor Fiscal relate com clareza, os fatos ocorridos, as provas e evidencie a relação lógica entre estes elementos de convicção e a conclusão advinda deles.

Frisa que no caso em apreço, a garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, insculpida no artigo 5º, LV da Constituição Federal, deve ser observada pelo órgão julgador.

Destaca que o princípio do contraditório contém o enunciado de que todos os atos e termos processuais, ou de natureza procedimental, devem primar pela ciência bilateral das partes, e pela possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas. Invoca lições de Vicente Greco Filho e Portanova sobre o princípio do contraditório. Diz que nesse mesmo delineamento, insurge-se o princípio da ampla defesa, que traduz a liberdade inerente ao indivíduo no âmbito do Estado Democrático de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas. Acrescenta que o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas, restando claro o íntimo relacionamento entre o contraditório e a ampla defesa, e tais preceitos são albergados pelo Direito Tributário.

Manifesta o entendimento de que a justiça administrativa não vem sendo alcançada como se espera, seja porque falta independência funcional dos julgadores que, quer queira ou não, normalmente seguem uma orientação do ente tributante, que os impede de livre apreciar o conflito, quer seja porque considerando que o sistema brasileiro adota a teoria dualista, que implica em processos autônomos nas esferas administrativa e judicial, ao cabo do processo administrativo, permanecendo incólume o lançamento, o contribuinte se utilizará das vias judiciais, repetindo todo o processo. Diz que não é sem propósito que a 4ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão 0045/99 assim decidiu, conforme ementa que transcreve.

Diante das razões apresentadas, requer a nulidade do Auto de Infração, por falta de clareza e precisão da imputação fiscal.

Prosseguindo, argumenta que há incerteza no levantamento realizado e na acusação perpetrada no Auto de Infração. Acrescenta que relativamente à insegurança da imputação da infração e na própria definição da base de cálculo, o RPAF é claro ao prever, em seu art. 18, que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Invoca julgamento proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, durante a 75ª e a 77ª Sessões Ordinárias, realizadas nos dias 20 e 27 de novembro de 2000, respectivamente, que julgou os Recursos Voluntários que transcreve, segundo diz, de acordo com o entendimento da Recorrente.

Reitera que o artigo 39 do RPAF estabelece os pressupostos essenciais para a lavratura do Auto de Infração. Reproduz lições de José Afonso da Silva e James Marins.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, por falta de clareza e precisão da imputação.

Continuando, apresenta como segunda preliminar de nulidade alega a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor.

Frisa que a ABCFARMA, Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, entidade fundada em 30 de outubro de 1959, tem a finalidade de defender os interesses dos empresários do setor comercial. A aludida entidade não detém legalmente a competência para estabelecimento de preços máximos sugeridos ao consumidor conforme determinou o autuante.

Diz que no art. 8º da Lei Complementar 87/96, cuja redação reproduz, são elencadas de forma clara as hipóteses de base de cálculo para as mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Salienta que a ABCFARMA não é fabricante, nem importador, nem tampouco entidade que representa os fabricantes, por conseguinte não está amparada legalmente para estabelecer preços.

Repete que se trata de entidade composta por estabelecimentos comerciais, que divulga uma revista sugerindo preços máximos a serem praticados por distribuidores e varejistas, razão pela qual, o § 3º da Lei Complementar está sendo ferido de morte, por aplicação indevida de base de cálculo sem respaldo legal.

Consigna que diversos julgados do CONSEF tem mostrado o equívoco na apreciação desta questão, talvez por ainda não ter sido levantada por nenhum contribuinte baiano, por completo desconhecimento da atividade da referida entidade. Reitera que não se trata de representação de fabricantes ou importadores apenas uma organização composta por representantes de empresas comerciais, sejam elas atacadistas ou varejistas.

Sustenta que para a validade e eficácia do lançamento de ofício, o autuante deveria anexar lista de preços sugeridos ao consumidor de cada laboratório fabricante, e aí estariam sendo obedecidos os comandos do legislador complementar. Afirma que, no presente caso, não há que se falar em preço sugerido ao público por entidade comercial, estando o lançamento de ofício eivado de vício insanável, inquinando de nulidade a autuação por inexistência do elemento valorativo do fato gerador do imposto.

Questiona: “Qual a cláusula do Convênio 76/94 ou da legislação baiana se refere a tabela de preços da ABC FARMA, ANVISA OU QUALQUER OUTRA, COMO CRITÉRIO DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO?”

Reafirma que as tabelas de preços utilizadas constam em publicações privadas (revistas não oficiais), que não se presta para trabalhos fiscais, além do que vários dos emitentes não constam da revista da ABCFARMA, razão pela qual a autuação é nula de pleno direito.

Quanto a terceira preliminar de nulidade, pela falta de apresentação das tabelas de preços da ABC FARMA, alega que do exame dos autos verifica-se que imputação fiscal, indica como data da ocorrência do suposto ilícito fiscal o período compreendido entre 30/01/2006 até 31/12/2009, contudo, o autuante não lhe entregou as tabelas de preços em meio magnético relativas aos períodos fiscalizados.

Aduz que o Auto de Infração tem que estar acompanhado de todos os meios de prova da infração apontada, e não se trata, no caso, de presunção legal. Acrescenta que não há que se falar em inversão do ônus da prova, uma vez que o autuante teria que acostar aos autos e lhe entregar todas as tabelas de preços relativas aos períodos da acusação, tendo em vista que a exigência do imposto está amparada no PMC, estabelecido nas tabelas da ABCFARMA.

Consigna que no absurdo de ser julgado o mérito deste lançamento de ofício pelo órgão julgador, tendo em vista que a descrição da infração é impossível de ser entendida por qualquer leitor, fato que obrigou a empresa a questionar o autuante sobre a natureza da irregularidade apurada após a lavratura do Auto de Infração, tendo este informado oralmente que se tratava de imposto exigido em razão de ter adquirido produtos farmacêuticos de outros Estados diretamente de Distribuidoras, contrariando assim o disposto no artigo 3º-A do Decreto 7799/00.

Diz que antes de adentrar ao mérito da autuação é importante discorrer sobre o conceito de Distribuição para tentar entender o que realmente o autuante pretendeu exigir no presente Auto de Infração.

Assinala que Distribuição é um dos processos da logística responsável pela administração dos materiais a partir da saída do produto da linha de produção até a entrega do produto no destino final. Após o produto pronto ele tipicamente é encaminhado ao distribuidor. O distribuidor por sua vez vende o produto para um varejista e em seguida aos consumidores finais. Este é o processo mais comum de distribuição, porém dentro desse contexto existe uma série de variáveis e decisões a serem tomadas pelo profissional de logística.

Diz que a palavra distribuição esta associada também a entrega de cargas fracionadas, neste tipo de entrega o produto/material é entregue em mais de um destinatário, aproveitando a viagem e os custos

envolvidos. As entregas neste caso devem ser muito bem planejadas, pois a entrega unitizada tem um menor custo total e menor lead time, as entregas fracionadas devem ser utilizadas somente quando não for possível a entrega direta com o veículo completamente ocupado. Reporta-se sobre as 4 modalidades de Distribuição, no caso, Extensiva, Exclusiva, Selectiva e Intensiva.

Diz que a escolha do Canal de Distribuição e respectiva Modalidade não é tarefa fácil. Esta decisão é tanto mais importante que se sabe que são de difícil modificação. Como tal, além dos aspectos já apresentados, há uma série de factores, não menos relevantes, que condicionam a escolha, tais como as características do mercado, tradições no sector, características dos intermediários e da concorrência, objectivos da estratégia comercial, recursos disponíveis, hábitos do consumidor e naturalmente as características do produto em si, tais como o preço, a sazonalidade de consumo, a complexidade do produto, a gama disponível, o prestígio/imagem do produto e o factor “novidade”.

Menciona que nesse contexto, as empresas que operam com distribuição exclusiva fazem as vezes das indústrias, operando e comercializando apenas com as mercadorias produzidas por determinada empresa.

Registra que a Secretaria de Vigilância Sanitária através da Portaria 802/98, estabelece os requisitos para o funcionamento das Distribuidoras, conforme se depreende da leitura dos seus principais dispositivos, no caso, artigos 10, 11, 12 e 13, cuja redação reproduz.

Assevera que não há que se falar em exigência de imposto restringindo o benefício fiscal previsto no artigo 3º-A do Decreto 7799/00, somente às aquisições de indústrias, principalmente em razão deste sector ser controlado e fiscalizado pela Vigilância Sanitária e as empresas remetentes ter a natureza de Distribuidor exclusivo de indústrias, a elas se equiparando.

Aduz que sendo esta a essência da autuação, requer a improcedência total do Auto de Infração, por inexistir legalidade ao ato administrativo levado a efeito pelo autuante.

Salienta que além das questões relativas à legalidade do lançamento de ofício, constatou ainda erros materiais que demonstram a precariedade da autuação.

Diz que por amostragem, constatou erro na aplicação do PMC do imposto devido na Nota Fiscal nº 503678 (MERCK/SA), efetivada em seu sistema em 01.02.2008, apurado pelo autuante utilizando PMC de R\$ 43,93, quando o correto é R\$ 19,66.

Alega que, além disso, ocorreu exigência em duplicidade de imposto. Observa que o fornecedor faturou apenas dois produtos nessa Nota Fiscal, ao recalcular o imposto o sistema da SEFAZ duplicou o produto ANDROXON, com isso foi gerado uma diferença de R\$ 263,32, que é o valor exato que está sendo cobrado.

Assinala que, além desses erros, ainda acostou ao presente processo planilha em formato Excel contendo diversas inconsistências detectadas pela conferência dos valores apurados pela Fiscalização, além de cópias de notas fiscais juntadas por amostragem, para a qual requer realização de diligência por fiscal estranho ao feito.

Prosseguindo, reporta-se sobre o carácter confiscatório da multa, sustentando que afronta as garantias constitucionais. Diz que, no presente caso, inobstante a absoluta improcedência do Auto de Infração, vale a advertência de que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte; configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Frisa que atualmente, já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração, sendo, portanto, facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco. Diz que, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal é absolutamente explícito em reconhecer a auto-aplicabilidade do princípio da vedação do confisco

em se tratando de aplicação de multa moratória fiscal, conforme decisões que reproduz. Invoca e reproduz lições de Rui Barbosa Nogueira sobre a matéria.

Alega que o valor das multas aplicadas a cada uma das infrações é um absurdo, correspondendo a 60% do débito tributário de cada infração, sendo nítido o seu caráter confiscatório, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal.

Frisa que resta clara e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual deve ser corrigida, como requer.

Conclui requerendo:

1 – Seja anulado o Auto de Infração por vício formal insanável, uma vez que a descrição dos fatos e demais elementos constantes dos demonstrativos do quantum do ICMS, e capitulação legal não retratam, com clareza, os fatos e o direito que substancializaram a autuação, cerceando o Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório do Contribuinte, nos termos do Recurso encartado no PAF;

2- Seja reconhecida a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor;

3- Seja reconhecida que houve a falta de apresentação das tabelas de preços da ABC FARMA;

4- Independente da nulidade da Autuação, o Presidente desse Conselho de Fazenda se digne de submeter a essa Colenda Câmara proposta para encaminhamento da matéria à Câmara Superior do CONSEF, objetivando a representação ao Secretário do Estado para que este possa decidir sobre a conveniência de revogar os dispositivos inquinados de inconstitucionalidade e ilegalidade por conta das disposições do artigo 152 da Constituição Federal e artigo 11 do CTN, como devidamente demonstrado na exposição ut supra;

5- Seja reconhecido que por conta das disposições da Portaria 802/98 da ANVISA os distribuidores exclusivos de indústrias se equiparam ao estabelecimento industrial;

6- Que seja julgado improcedente a autuação pelos inúmeros erros materiais relacionados pela fiscalização

7-- Haja o reconhecimento de que as multas aplicadas têm efeito confiscatório.

Requer, ainda, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as suas alegações, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 134 a 140) consignando que a autuação diz respeito a uma única infração, ou seja, o contribuinte efetuou o recolhimento do ICMS a menos por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 do Regulamento do ICMS - RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97. Menciona que os valores dos débitos estão demonstrados nos arquivos eletrônicos denominados “Infração 1 - 2008 ICMS rec ant a menor por nota-mes e item.xlsx” e “Infração 1 - 2010 ICMS rec ant a menor por nota-mes e item.xlsx” e “Infração 1 – Quadro Resumo.xls” na mídia anexa ao presente Processo Administrativo Fiscal – PAF, das quais o contribuinte obteve cópia.

Observa que essas mercadorias foram objeto do Convênio ICMS 76/94, que atribuiu aos estabelecimentos remetentes localizados nos Estados signatários desse convênio a responsabilidade pela retenção do ICMS em favor do Estado de destino, cabendo ao contribuinte autuado antecipar o ICMS para a Bahia apenas nas aquisições de estabelecimentos situados em Estados não signatários do convênio, conforme relação a fl. 38 dos autos.

Registra que para essas mercadorias, listadas no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, o Governo da Bahia, através da sua Secretaria de Fazenda, concedeu nos termos do art. 3º-A do Decreto Estadual 7.799/00, três opções de cálculo do ICMS por item de mercadoria presente em cada nota

fiscal, todas com benefício de redução de base de cálculo ou aplicação de percentual inferior à alíquota normal do ICMS aos que, mediante Termo de Acordo, aderirem a esse tratamento tributário diferenciado. Acrescenta que a partir do exercício 2010 este tratamento continuou sendo assegurado ao contribuinte através de regime especial de tributação, mediante Termo de Acordo estabelecido pelo Dec. 11.872/09.

Assinala que muito embora o contribuinte possa escolher qualquer das opções que lhe são dadas pela SEFAZ-BA, por ter com ela firmado os termos de acordo já citados, não poderá recolher valor menor que o mínimo admitido pela legislação.

Esclarece que a auditoria fiscal realizada, tomando cada item de cada nota fiscal, verificando qual o menor valor de ICMS possível, com base na melhor opção de cálculo para o contribuinte, nos termos da legislação aplicável, para cada nota fiscal de entrada, e cotejou com o ICMS informado como recolhido pelo contribuinte, lançando no presente Auto de Infração a diferença entre o menor valor possível por nota fiscal e o informado como recolhido pelo contribuinte.

Contesta a primeira preliminar de nulidade, pela falta de clareza da infração imputada, sustentando que a infração está claramente enunciada, conforme transcrição que apresenta.

Consigna que o contribuinte é reincidente nessa infração, a qual conhece muito bem, haja vista que presente nos Autos de Infração que concluíram as ações fiscais realizadas pelo Fisco estadual referentes aos exercícios de 2004, 2005, 2006, 2007 e 2009, bem como na presente autuação, referente aos exercícios 2008 e 2010.

Afirma que estando no Auto a Infração perfeitamente descrita e enquadrada nos artigos da legislação aplicável, não tem como prosperar tal preliminar de nulidade.

Quanto a segunda preliminar de nulidade, por uso da lista de preços da ABCFARMA, por não ser órgão competente para estabelecimento de preços máximos de venda a consumidor – PMC, contesta a argumentação defensiva, dizendo que o PMC é utilizado como base de cálculo para as mercadorias a que se refere o item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, em substituição ao valor da operação nas situações previstas na legislação, como uma das formas de cálculo e apuração do ICMS devido. Observa que em não querendo utilizar o PMC, o contribuinte pode, nos limites da legislação, aplicar o percentual previsto na norma diretamente sobre o valor da operação e recolher o ICMS devido. Ressalta que o questionamento versa sobre a legitimidade da fonte na qual a Fiscalização coletou esses PMC, qual seja, a Revista ABCFARMA.

Frisa que o Convênio ICMS 76/94 – do qual a Bahia é signatária – determina que a base de cálculo do ICMS devido por antecipação tributária nas operações com as mercadorias nele indicadas é, de acordo com a sua cláusula segunda, *“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”*.

Diz que de acordo com a Constituição Federal, o acesso a medicamentos de uso humano é uma obrigação do Sistema Único de Saúde – SUS, e compete ao poder público, a regulamentação, fiscalização e controle de todo esse sistema. Na regulamentação do mercado de medicamentos o controle de preços foi o instrumento utilizado até meados de 1990, quando, depois de sua suspensão e breve retorno ao controle, os preços foram liberados a partir de maio de 1992.

Assinala que no ano de 2000 o governo federal criou através da Medida Provisória nº 2.063, a fórmula paramétrica de reajuste de preço de medicamentos e a Câmara de Medicamentos – CAMED, que passou a ter a atribuição, dentre outras, de julgar pedidos de reajuste de preços de medicamentos. Em 2003, algumas leis foram total ou parcialmente revogadas ou alteradas, tendo o governo federal aperfeiçoado seus instrumentos de intervenção com a Lei nº 10.742, que criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, que absorveu as competências e atribuições da CAMED.

Diz que a partir de então o preço máximo de venda ao consumidor, ou PMC, passou a ser obtido por meio da divisão do preço do fabricante (PF) pelos fatores publicados em resoluções periódicas do

Conselho de Ministros da CMED, a cada reajuste de preços autorizado, observadas as cargas tributárias do ICMS praticadas nos Estados de destino e a incidência para o PIS/PASEP e COFINS, conforme disposto na Lei Federal nº 10.147/01, consolidando a nova política pública para o setor, que abandonou o controle de preços pelo controle das margens de valor agregado da cadeia de distribuição a partir do preço fixado pelo fabricante, preço esse submetido a um teto calculado com base em índices estabelecidos pelo governo federal.

Registra que sempre reproduzidas nas resoluções anuais da CMED que autorizam os reajustes de preços, a obrigatoriedade das empresas produtoras de dar ampla publicidade aos preços dos seus medicamentos, por meio de publicações especializadas de grande circulação, e dos estabelecimentos varejistas de manter à disposição dos consumidores e dos órgãos de defesa do consumidor as listas atualizadas dos preços máximos ao consumidor.

Aduz que coerente com essas exigências foi inserido à cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 o parágrafo sétimo – efeitos a partir de 01/01/2003 – que determina que “o estabelecimento industrial ou importador informará em qual revista especializada ou outro meio de comunicação divulgou os preços máximos de venda a consumidor dos seus produtos, conforme determinação legal, ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da Federação, sempre que efetuar quaisquer alterações”, conforme se verifica à fl. 35 dos autos.

Observa que fazendo cumprir essas determinações, a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico passou a publicar a chamada “Revista da ABCFARMA”, sendo publicados nessa revista os PMC do setor, sendo as edições de periodicidade mensal. A revista divulga os PMC obtidos da divisão do preço do fabricante (PF) informado pelo estabelecimento industrial ou importador, pelos fatores constantes nas resoluções da CMED.

Frisa que essas revistas, e outras publicações similares, são de ampla circulação e podem ser encontradas em qualquer balcão de farmácia Brasil afora. Servem, exatamente, para atender as determinações legais de publicidade dos preços máximos ao consumidor do setor. Não por acaso, a SEFAZ/BA é assinante da Revista da ABCFARMA, cujos PMC nela publicados são utilizados pelos seus auditores fiscais como base de cálculo do ICMS quando a legislação assim prevê.

Consigna que obtidas junto a DPF/GECEs, seguem às fls. 13 a 22 dos autos, como ilustração, fotocópias das capas das edições impressas da Revista da ABCFARMA de abril/2008, com a fotocópia da Resolução do Conselho de Ministros da CMED nº 2/2008 reproduzida naquela edição, e de maio/2010, com as fotocópias da resolução do Conselho de Ministros da CMED nº 2/2010 reproduzida naquela edição, bem assim das faces dos “Mini-CD” da versão eletrônica das edições de 2008 e 2010 da mencionada revista.

Afirma que a nota contida nas páginas de índice das duas edições impressas, acima citadas, não deixa margem a dúvidas: “informamos que os preços praticados nesta edição são de inteira responsabilidade dos laboratórios que fabricam o produto”(fls. 14) ou “os preços publicados nesta edição do anexo da Revista ABCFARMA seguem rigorosamente os valores registrados nas planilhas dos laboratórios, aprovadas pela CMED, e encaminhadas à nossa redação”(fls. 17). Ou seja, os preços não são estabelecidos por aquela associação, como quer fazer crer a contestação ao auto de infração, mas tão somente coletados dos fabricantes e importadores e divulgados para o seu público, na forma estabelecida pelas legislações tributária e de fixação de preços de medicamentos de uso humano. Assevera que desse modo, não há qualquer sentido na preliminar de nulidade do Auto de Infração que alega que os preços da Revista ABCFARMA não são os PMC a que se refere a legislação, por não ser uma revista oficial pois, como demonstramos aqui, não existe tal publicação oficial, mas tão somente uma autorização periódica de reajuste dos preços do fabricante, junto com coeficientes, sendo a divisão daqueles por estes o PMC, e que cabe ao fabricante e não ao governo, mediante revistas especializadas, com a da ABCFARMA, Guia da Farmácia, etc. fazer ampla divulgação, bem assim de colocar à disposição dos órgãos de defesa do consumidor e dos consumidores nos estabelecimentos varejistas do setor essas publicações.

No que tange a terceira preliminar de nulidade, pela falta de apresentação das tabelas de preço da ABCFARMA, consigna que essa parte da defesa foi, aparentemente, recortada daquela que foi apresentada ao Auto de Infração nº 269182.003/10-0 e não tem qualquer sentido neste PAF, haja vista que, cita período estranho a autuação, ou seja, reportou-se aos exercícios de 2006 e 2009, quando a autuação se refere aos exercícios de 2008 e 2010, assim como ignora os recibos de fls. 24 e 25, fazendo crer que quem preparou a impugnação desconhecia as peças existentes nos autos e também os atos praticados pelo procurador da empresa que recebeu a autuação.

Assegura que todas as edições dos exercícios de 2008 e 2010 das Revistas ABCFARMA se encontram na mídia CD de fl. 23, da qual o contribuinte recebeu cópia autenticada gerada com “hash code” calculado pelo padrão internacional MD5 e expressa por 32 dígitos hexadecimais, e declarou ter tido acesso ao seu inteiro teor, sem erros ou falhas.

Frisa que rejeitadas todas preliminares de nulidade, passa a apreciação da impugnação quanto ao mérito da infração, que se desdobra também em três itens.

Consigna que a primeira questão de mérito é dedicada ao tratamento diferenciado e, segundo a impugnação, inconstitucional, concedido pela legislação estadual ao ICMS devido por antecipação na entrada das mercadorias relacionadas no item 13, inciso II do art. 353 do RICMS, dando um tratamento menos oneroso, em termos de tributação, quando a aquisição fosse feita, conforme Decreto Estadual nº 7.799/00, diretamente a estabelecimentos industriais localizados em unidades da Federação não signatárias do Convênio ICMS 76/94.

Salienta que esse tratamento diferenciado disposto no “caput” do art. 3º-A Decreto nº 7.799/00, cujo texto reproduz, é uma opção ao contribuinte de tributação mais favorável, ao qual ele poderia aderir mediante termo de acordo, firmado com o Governo da Bahia, representado pela SEFAZ.

Observa que considerou como indústria todos os fornecedores exclusivamente industriais, e, para afastar o risco de prejudicar o contribuinte, também considerou aqueles que, embora exercendo mais de uma atividade, tivessem na indústria a sua atividade principal.

Assevera que, na verdade, o impugnante questiona a legislação, e não o procedimento fiscal, razão pela qual não pode prosperar. Diz se tratar de matéria cuja apreciação é vedada a qualquer dos órgãos julgadores do CONSEF, conforme dispõe o art. 167, I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629/99, cuja redação transcreve.

Ressalta que não expressou ao contribuinte que o único motivo da autuação, numa suposta informação oral que teria prestado, seria essa diferença nas aquisições feitas exclusivamente a estabelecimentos não industriais, pois se assim o fosse não estariam presente nos demonstrativos diversas aquisições a estabelecimentos industriais.

Quanto à segunda questão de mérito, diz que tendo tido acesso a todos os dados do levantamento, verificou o contribuinte que os PMC de cinco itens de todas as notas fiscais de entrada do período auditado estavam errados.

Assinala que acolheu essa parte da impugnação, uma vez que, de fato, os preços utilizados especificamente nestes cinco itens, quais sejam, Dexa Citoneurin inj 3x1ml+3x2ml (nota fiscal 503.678, data de entrada de 01/02/2008), Alivium 50mg gts 30ml (nota fiscal 151.777, data de entrada de 06/02/2008), Psorex creme 30g, Psorex pomada 30g (estes dois últimos da nota fiscal 1.954, data de entrada de 03/12/2008) e Foraseq 12/400mcg cps 1x60+60 s/Ina (nota fiscal 106.425, data de entrada de 20/01/2010), estão acima do PMC publicado na Revista ABCFARMA respectiva.

Diz também que assiste razão ao impugnante quanto à alegação de que dez itens de todo o levantamento feito para todos os itens de entrada de todas as notas fiscais dos dois exercícios fiscalizados, teriam sido duplicados é procedente, razão pela qual acolheu essa parte da impugnação.

Afirma que não procede é a alegação de que, por haver essas desconformidades, todo o lançamento estaria maculado, pois, ao contrário, o Auto de Infração, após os ajustes feitos dos itens e PMC

impugnados, está pronto para ser julgado procedente.

Frisa que a forma como o impugnante apresentou sua documentação não facilita o trabalho do órgão julgador, razão pela qual passa a torná-la inteligível, conforme detalhamento que apresenta.

Registra que, como as fotocópias das notas fiscais apresentadas pelo impugnante não estavam legíveis, obteve junto ao contribuinte e/ou banco de dados das notas fiscais eletrônicas, fotocópias e/ou impressos da tela de dados dos produtos daqueles documentos, onde confirmou as duplicações de itens alegados, que estão às fls. 111 a 127 dos autos.

Menciona que acolhidas as alegações referentes ao cálculo procedeu aos ajustes do valor lançado no Auto de Infração, conforme demonstrativos de fls. 128 a 129 e 132 e 133, sendo o último demonstrativo o quadro resumo, onde são apresentados os valores cobrados antes e após o atendimento as alterações solicitadas, daquelas competências que foram alteradas. Consigna que as demais permanecem conforme lançado no Auto de Infração.

Observa que também trouxe aos autos um anexo descritivo das colunas dos demonstrativos de fls. 130 a 131, que possuem as mesmas colunas dos demonstrativos de cálculo feito por mercadoria e por nota fiscal dos anexos do Auto de Infração, constantes da mídia de fl. 23. Acrescenta que a diferença é que na mídia constam todos os cálculos do lançamento, enquanto nos demonstrativos de fls. 128 a 129 e 132 e 133 constam tão somente as mercadorias e notas fiscais objeto dos ajustes agora feitos.

No que tange à terceira à argumentação defensiva, de que a multa aplicada no Auto de Infração tem o caráter confiscatório, portanto, inconstitucional, diz que a declaração de inconstitucionalidade da norma é defesa aos órgãos julgadores do CONSEF, conforme o anteriormente reproduzido art. 167, inciso I, do RPAF, não podendo tal questão ser acolhida.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração, com os ajustes discriminados no demonstrativo de fls. 128 a 129 e 132 e 133 para as competências ali informadas, mantendo as demais competências os valores originais do Auto de Infração, passando o valor histórico total do débito de R\$ 3.321.833,69 para R\$ 3.317.559,64.

Cientificado sobre a informação fiscal o autuado se manifestou (fls. 147 a 179) salientando que o autuante retificou apenas parcialmente os erros materiais apontados na exordial, conforme restará demonstrado, não revisando na sua inteireza todo o lançamento fiscal na busca da verdade material.

Diz que procedendo desse modo, o autuante comete grave erro, pois lhe prejudica ao imputar valores indevidos e exorbitantes, que deverão ser retificados por fiscal estranho ao feito a pedido deste órgão julgador.

Reitera os termos referentes às preliminares de nulidade apresentadas na defesa inicial.

No mérito, diz que além dos erros de direito contidos no Auto de Infração, restaram ainda flagrantes outros erros materiais cuja obrigação do autuante era revisar todo o Auto de Infração e não apenas os erros que apontou.

Afirma que na informação fiscal o autuante limitou-se a retificar apenas os erros indicados na defesa inicial e não se deu ao trabalho de revisar todo o lançamento fiscal. Diz que tanto é verdade que volta a registrar outros equívocos cometidos pelo autuante, conforme abaixo:

- Produtos com erro no PMC:
- Exercício de 2006 - 06 produtos, códigos nºs 7927, 13986, 14001, 58777, 99440, 107012;
- Exercício de 2008 - 09 produtos, códigos nºs 7927, 13986, 14001, 49328, 58777, 99440, 106845, 107012, 110137.

Salienta que, como exemplo, junta tabela elaborada pelo autuante com os erros grifados em negrito.

A 1ª JF, considerando as alegações defensivas, converteu o processo em diligência a INFAZ de origem (fl. 208), a fim de que o autuante se pronunciasse sobre a manifestação do autuado.

O autuante se pronunciou (fls. 212 a 214) afirmando que o único elemento novo trazido pelo

impugnante, diz respeito a desconformidade no preço máximo ao consumidor – PMC – de alguns itens de mercadorias utilizados na auditoria fiscal para apuração do montante de ICMS que deixou de ser recolhido, conforme elencados na manifestação.

Salienta que tendo tido acesso a todos os dados do levantamento, apresentou o impugnante os códigos de seis itens do exercício de 2006, cujos PMCs estariam errados. Diz que conforme se pode verificar na autuação o exercício de 2006 não foi objeto do levantamento, razão pela qual não tem qualquer sentido a alegação defensiva.

Com relação à argumentação defensiva atinente ao exercício de 2008, observa que impugnante alega que nove itens de mercadorias estariam com os PMCs errados, contudo, não informa em quais meses e lançamentos os PMCs estariam divergentes, apenas trazendo, às fls. 164 a 175, parte da planilha apresentada pelo autuante com os grifos dos itens com PMC divergentes.

Destaca que após a revisão realizada contactou a desconformidade do PMC dos itens de código 106845, 107012, 13986, 140001, 49328, 58777, 7927, 99440. Acrescenta que para o item 110137 não existe desconformidade, haja vista que para este item a base de cálculo utilizada não foi o PMC.

Salienta que revisou o cálculo do valor do ICMS a pagar lançado no Auto de Infração para incorporar a correção do PMC dos itens dos códigos acima referidos, para todo o exercício de 2008. Registra que o mencionado cálculo se encontra demonstrado no arquivo eletrônico “Ant anual por item 2008 selec do feito” anexado aos autos.

Esclarece que partindo da correção dos valores dos referidos itens, refez o valor mínimo devido de ICMS a pagar de cada nota fiscal no qual aqueles itens estavam presentes, encontrando-se esse demonstrativo no arquivo eletrônico “Ant anual por nota 2008 selec feito” anexado aos autos.

Observa que o arquivo eletrônico “Ant por nota anual 2008 original x feito somente notas do”, demonstra o efeito da correção dos PMCs dos itens de mercadorias selecionados sobre os valores originalmente cobrados no Auto de Infração, apresentando em sua última coluna à direita o valor a reduzir de cada competência do exercício. Registra, ainda, que o arquivo eletrônico “Alterações após defesa e I diligência no AI 269182.0001-11-5” consolida todas as alterações feitas no lançamento original do Auto de Infração, apresentando os valores originais, as alterações após a informação fiscal, as alterações após a primeira diligência e o valor restante.

Salienta que conforme pode ser observado no último arquivo acima citado, as desconformidades apresentadas pelo impugnante contribuíram para o aperfeiçoamento do lançamento, reduzindo em apenas 2,2% o valor originalmente exigido no Auto de Infração.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração, com os ajustes realizados, passando o valor do ICMS devido para R\$3.244.574,27.

A 1ª JJF converteu o processo em diligência (fl. 218), a fim de que fosse dada ciência ao autuado sobre o resultado apresentado pelo autuante.

O autuado se manifestou (fls. 226 a 250) afirmando que da leitura da informação fiscal do autuante, verifica-se que a Fiscalização, mais uma vez, não atendeu ao pedido de diligência suscitado na exordial, deduzindo do Auto de Infração original, apenas os valores arguidos na defesa.

Diz que a diligência não foi cumprida em sua inteireza, demonstrando a “má-vontade” do autuante em proceder a revisão dos valores considerados indevidos, pois, apenas retificou parte do montante contestado.

Sustenta que de forma definitiva o Auto de Infração deve ser anulado tendo em vista que os demonstrativos que o integram se mostram confusos, prejudicando a defesa, eis que os registros feitos pelo autuante nas aludidas planilhas se referem a valores de imposto incidente sobre medicamentos oriundos de Estados signatários, cuja responsabilidade tributária cabe ao remetente das mercadorias sendo supletiva a sua responsabilidade, por força do artigo 125 do RICMS-BA.

Aduz que nessa esteira, mesmo considerando que existe infração que resultasse em imposto a ser

exigido, a metodologia de cálculo utilizada pela Fiscalização restou equivocada, por considerar no cálculo do suposto ilícito tributário valores de imposto cujas mercadorias já foram substituídas pelo remetente das mercadorias por força de Convênio ou Protocolo celebrado com as unidades federadas nos termos da Lei Complementar 87/96.

Alega que a forma correta de apurar-se a infração que entende o autuante seria levantar todo o imposto devido por responsabilidade tributária do autuado e deduzindo-se o recolhido por este com base nos documentos de arrecadação, restaria o imposto devido por recolhimento a menos por antecipação, e portanto, deveria o autuante abstrair-se de considerar qualquer valor retido pelos fabricantes dos Estados signatários. Afirma que o autuante ao optar por uma metodologia confusa de cálculo, fragilizou o lançamento de ofício e lhe prejudicou, pois ficou impossibilitado de examinar os números apresentados e exercer o seu constitucional direito de defesa.

Assevera que diante das inafastáveis falhas crassas da autuação, deve ser anulado o Auto de Infração pela aplicação do bom direito, justificado pela quantidade e diversidade dos equívocos, através do mesmo prisma jurídico assentado no Judiciário, especialmente no STJ, que só admite a correção do lançamento de ofício quando tratar-se de erros materiais facilmente ajustáveis por meio de *simples cálculos aritméticos*, sem necessidade de reconstruir estruturalmente o crédito tributário, como no caso vertente. Acrescenta que assim não entendendo este órgão julgador, que se converta o julgamento em diligência com o fito de remendar o lançamento sobejamente indevido. Nessa esteira, considerando que permanecem, ainda, diversos equívocos no auto de infração, ora contestado, que devem ser revistos por diligência realizada por fiscal estranho ao feito.

Reitera os termos das preliminares de nulidade apresentadas anteriormente. Também repete a argumentação atinente às aquisições junto a Distribuidores.

Reporta-se sobre a existência de erros materiais, dizendo que além das questões relativas à legalidade do lançamento de ofício, constatou ainda erros materiais que demonstram a precariedade da autuação.

Diz que por amostragem constatou erro na aplicação do PMC do imposto devido na Nota Fiscal nº 503678 (MERCK/SA), efetivada em seu sistema em 01.02.2008, que foi apurado pelo autuante utilizando PMC de R\$ 43,93, quando o correto é R\$ 19,66.

Alega que, além disso, ocorreu cobrança em duplicidade de imposto, o fornecedor faturou apenas dois produtos nessa nf, ao recalculer o imposto o sistema da SEFAZ duplicou o produto ANDROXON, com isso foi gerado uma diferença de R\$ 263,32, que é o valor exato que está sendo cobrado. Ademais o PMC do imposto devido na nf nº 503678 (MERCK/SA), efetivada em nosso sistema em 01.02.2008, foi apurado pelo autuante utilizando PMC de R\$ 43,93, o correto é R\$ 19,66.

Frisa que além desses erros ainda está acostando ao presente processo planilha em formato Excel contendo diversas inconsistências detectadas pela conferência dos valores apurados pela fiscalização, além de cópias de notas fiscais juntadas por amostragem, para a qual requer realização de diligência por fiscal estranho ao feito.

Conclui requerendo que:

1. Seja convertido novamente o presente processo convertido em nova diligência, desta vez por fiscal estranho ao feito, pois permanecem erros que devem ser retificados para a busca da verdade material.

1- Como preliminar de nulidade:

2- 1 – Seja anulado o Auto de Infração por vício formal insanável, uma vez que a descrição dos fatos e demais elementos constantes dos demonstrativos do quantum do ICMS, e capitulação legal não retratam, com clareza, os fatos e o direito que substancializaram a autuação, cerceando o Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório do Contribuinte, nos

termos do Recurso encartado no PAF, eis que não houve recolhimento a menor por antecipação.

2- Seja reconhecida a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor;

3- Seja reconhecida que houve a falta de apresentação das tabelas de preços da ABC FARMA em papel.

4 – Independente da nulidade da Autuação, a Presidente desse Conselho de Fazenda se digne de submeter a essa Colenda Câmara proposta para encaminhamento da matéria à Câmara Superior do CONSEF, objetivando a representação ao Secretário do Estado para que este possa decidir sobre a conveniência de revogar os dispositivos inquinados de inconstitucionalidade e ilegalidade por conta das disposições do artigo 152 da Constituição Federal e artigo 11 do CTN, como devidamente demonstrado na exposição ut supra.

5- Seja reconhecido que por conta das disposições da Portaria 802/98 da ANVISA os distribuidores exclusivos de indústrias se equiparam ao estabelecimento industrial.

6- Que seja julgado improcedente a autuação pelos inúmeros erros materiais relacionados pela fiscalização

7- Haja o reconhecimento de que as multas aplicadas tem efeito confiscatório.

Requer, ainda, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as suas alegações, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

O autuante se pronunciou (fls. 281 a 284) consignando que, após a defesa apresentada, foram feitas mais duas novas impugnações aos resultados da auditoria fiscal realizada, uma antes e outra após a primeira diligência realizada.

Observa que em ambas as impugnações foram reproduzidas todas as preliminares apresentadas na defesa ao Auto de Infração, já apreciadas na informação fiscal, de forma que sobre essas preliminares já se manifestou conclusivamente às fls. 110 a 140, não havendo mais nada a acrescentar.

Quanto às questões de mérito, observa que novos elementos foram trazidos pelo impugnante, referentes à formação da base de cálculo do ICMS devido lançado no presente Auto de Infração.

Salienta que o impugnante, dentro de uma estratégia de mitigar a defesa por desconformidade de preço/quantidade em poucas das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de débito do Auto de Infração, deixou para contestar mais duas notas fiscais após a diligência, de forma a postergar ao máximo o prazo para a constituição definitiva do crédito tributário e de sua respectiva cobrança.

Observa que alguns princípios informam o processo administrativo fiscal e que ao se estabelecer o contraditório, vale a regra insculpida no artigo 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 que diz, textualmente, que “*o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*”.

Sugere com fundamento no artigo 140 do RPAF, nos princípios da economia processual e da verdade material, que os membros da Junta de Julgamento Fiscal, caso o contribuinte faça nova contestação de base de cálculo, reabram prazo razoável para que o autuado se manifeste conclusivamente e a instrução do processo, após a manifestação também conclusiva do autuante sobretudo o quanto for contestado, seja definitivamente concluída.

Assinala que as correções de preço solicitadas na impugnação de fls. 146 a 179 foram acolhidas, consoante pronunciamento de fls. 213/ 214, no cumprimento da diligência, naquilo que era pertinente, uma vez que até itens de preço de período estranho a autuação foram apresentados, com o propósito de confundir os membros do CONSEF e tumultuar o julgamento do lançamento do crédito tributário, para corroborar a tese infundada levantada pelo contribuinte de que a autuação estaria confusa.

Frisa que na segunda e mais recente impugnação, que veio a lume após a primeira diligência foram feitas considerações sobre informação fiscal que produziu às fls. 212/215 e questionamentos sobre a base de cálculo de dois itens de mercadorias presentes em duas das notas fiscais dos demonstrativos de débito, sobre as quais se manifesta na forma a seguir.

Afirma que o único elemento novo trazido a baila pela segunda contestação apresentada após a primeira diligência fiscal, diz respeito a desconformidade no preço máximo ao consumidor – PMC de um único item de mercadoria utilizado em uma nota fiscal e na duplicação da quantidade de um segundo item também numa única nota fiscal constantes dos demonstrativos do ICMS que deixou de ser recolhido pelo contribuinte, elencados na sua manifestação.

Assinala que tendo acesso e compreendido todos os dados do levantamento, o autuado agora questiona o PMC do único item de mercadoria presente na Nota Fiscal de entrada n.º 503678, de 01/02/2008, qual seja, DEXA CITONEURIN INJ 3X1ML+3X2ML, que seria de R\$19,66 Também aponta que o item de mercadoria ANDROXON TESTOCAPS 40MG CPS 1X30, um dos três presentes na Nota Fiscal de entrada n.º 37125, de 25/01/2008, teria sido duplicado no cálculo feito pela auditoria, gerando no ICMS devido e não recolhido nesta nota uma diferença indevida de R\$263,32, no total de R\$343,66, exigidos no Auto de Infração para esse documento fiscal. Destaca que acolheu essas pequenas desconformidades apontadas nos demonstrativos de débito.

Consigna que o valor do ICMS a pagar lançado no Auto de Infração foi revisto, incorporando a correção do PMC do primeiro item de mercadoria citado e também excluindo o efeito da duplicação do segundo item de mercadoria também citado. Acrescenta que o referido cálculo se encontra demonstrado no arquivo eletrônico “10-05-2012 Infração 1 - 2008 ICMS rec ant a menor nota-mes-item.xlsx” na mídia CD de fls. 278, onde também se encontram os outros dois arquivos eletrônicos a que se referem os próximos dois parágrafos.

Registra, ainda, que no arquivo eletrônico “10-05-2012 Demonstrativo por nota fiscal das alterações feitas.xls” é apresentado o efeito da revisão de cálculo sobre os valores devidos das duas notas fiscais citadas e no valor originalmente cobrado no Auto de Infração, onde ficam demonstrados os valores a reduzir da exigência fiscal referentes as competências de janeiro e fevereiro de 2008. Ele se encontra impresso as fls. 279. Finalmente, no arquivo eletrônico “10-05-2012 Quadro resumo das alterações no AI 269182.0001-11-5.xlsx” são demonstrados os valores a cobrar de cada competência alterada, consolidando o total do Auto de Infração após as correções solicitadas pelo autuado, impresso a fl. 280.

Observa que acolheu a argumentação defensiva atinente ao PMC da Nota Fiscal de entrada n.º 503678, de 01/02/2008, assim como quanto a duplicação da quantidade de um dos três itens de mercadoria presentes na Nota Fiscal de entrada n.º 37125, de 25/01/2008, na forma citada, mantendo o entendimento pela procedência do Auto de Infração, com as correções realizadas. Quanto aos demais elementos apresentados na impugnação, reitera o entendimento esposado na informação fiscal de fls. 110 a 140.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de infração, com os ajustes discriminados no arquivo eletrônico “10-05-2012 Quadro resumo das alterações no AI 269182.0001-11-5.xlsx”, impresso as fls. 280, mantendo as demais competências os valores originais da autuação, passando o valor do ICMS devido para R\$3.243.539,93.

Cientificado sobre o resultado apresentado pelo autuante, o autuado se manifestou (fls. 288 a 327) afirmando que não houve o cumprimento da diligência requerida.

Alega que da leitura da informação fiscal, verifica-se que a fiscalização pela terceira vez, não atendeu ao pedido de diligência suscitado na exordial e exigido pelo relator da JJF, deduzindo do Auto de Infração original, apenas os valores arguidos.

Afirma que o autuante continua lhe acusando, sem provas, de tentativa de mitigar a defesa por desconformidade em notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de débito do Auto de Infração,

como se todo contribuinte fosse obrigado a aceitar as acusações do Fisco, sem direito a contestá-las, e o preposto da fiscalização tivesse o condão de ser o dono da verdade.

Alega que os fatos impugnados não foram devidamente esclarecidos, carecendo de realização de diligência por fiscal estranho ao feito, objetivando a busca da verdade material dos fatos considerados como infração à legislação tributária.

Diz que o juízo de valor da Fiscalização sobre a peça impugnatória não deve ser considerado no julgamento deste Auto de Infração, eis que se presta apenas como mera opinião.

Aduz que não é simplesmente utilizando o critério do “achismo” do autuante que este Conselho vai desconsiderar os diversos equívocos cometidos na lavratura do Auto de Infração, através de um exame mais aprofundado à luz dos registros fiscais e contábeis da empresa, até mesmo por prudência.

Tece comentário sobre a atuação do Fisco, dizendo que este tem apenas que realizar auditorias vinculadas à legislação tributária, não podendo não devendo emitir juízo de valor sem estar cercado de provas, e não deve levantar créditos tributários por mera suposição.

Frisa que pela ocorrência desses fatos frequentemente constatados, é que foram criados pelas Fazendas Públicas os Conselhos de Contribuintes, que realizam o controle da legalidade dos processos administrativos fiscais, evitando a sangria dos recursos dos contribuintes, com autuações indevidas.

Consigna que nesse espeque, somente concorda com o autuante quando sugeriu que os membros da Junta de Julgamento Fiscal reabrissem o prazo de defesa para que o autuado pudesse se manifestar conclusivamente sobre todos os documentos fiscais objeto do levantamento.

Sustenta que deve se aplicar a reabertura do prazo de defesa, considerando que os fatos arguidos, relevantes para o esclarecimento das irregularidades supostamente cometidas, não foram devidamente examinados à luz da informação fiscal.

Reafirma que a diligência não foi cumprida em sua inteireza, demonstrando a “má-vontade” do autuante em proceder a revisão dos valores que foram considerados indevidos, tendo apenas retificado parte do montante impugnado.

Assevera que de forma definitiva deve ser anulado o Auto de Infração, tendo em vista que os demonstrativos que o integram se mostram confusos, prejudicando a sua defesa, haja vista que os registros feitos pelo autuante nas aludidas planilhas se referem a valores de imposto incidente sobre medicamentos oriundos de Estados signatários cuja responsabilidade tributária cabe ao remetente das mercadorias, sendo supletiva a sua responsabilidade, por força do artigo 125, do RICMS-BA. Diz que nessa esteira, mesmo considerando a existência de infração que resultasse em imposto a ser exigido, a metodologia de cálculo utilizada pela Fiscalização restou equivocada, por considerar no cálculo do suposto ilícito tributário valores de imposto cujas mercadorias já foram substituídas pelo remetente, por força de Convênio ou Protocolo celebrado com as unidades federadas nos termos da Lei Complementar 87/96.

Observa que a forma correta de apurar-se a infração que entende o autuante seria levantar todo o imposto devido por responsabilidade tributária do autuado e deduzindo-se o recolhido por este com base nos documentos de arrecadação, restaria o imposto devido por recolhimento a menos por antecipação, e portando, deveria o autuante abstrair-se de considerar qualquer valor retido pelos fabricantes dos Estados signatários.

Afirma que ao optar por uma metodologia confusa de cálculo, o autuante fragilizou o lançamento de ofício e lhe prejudicou, pois ficou impossibilitado de examinar os números apresentados e exercer o seu constitucional direito de defesa.

Reafirma que diante das inafastáveis falhas crassas do Auto de Infração este deve ser anulado pela aplicação do bom direito, justificado pela quantidade e diversidade dos equívocos, através do mesmo prisma jurídico assentado no Judiciário, especialmente no STJ, que só admite o conserto do

lançamento de ofício quando tratar-se de erros materiais facilmente ajustáveis por meio de *simples cálculos aritméticos*, sem necessidade de reconstruir estruturalmente o crédito tributário, como no caso vertente.

Consigna que de outra forma, assim não entendendo este órgão julgador, que se converta o julgamento em diligência com o fito de remendar o lançamento sobejamente indevido.

Diz que considerando que permanecem, ainda, diversos equívocos no Auto de Infração, os números devem ser revistos por diligência realizada por fiscal estranho ao feito, em razão da má vontade do autuante em rever os valores indevidamente imputados neste lançamento de ofício.

Continuando, reafirma que cabe a decretação de nulidade do Auto de Infração pelos vícios existentes e identificados, inclusive reproduzindo o Acórdão 0045/99, da 4ª Junta de Julgamento Fiscal. Argumenta ainda que o autuante também citou na peça acusatória que as mercadorias estavam relacionadas em Anexos 69 e 88 sem informar se os referidos anexos integram a Lei do ICMS ou ao RICMS, e se tais dispositivos ainda se encontram vigentes, o que, segundo diz, não permite que se defenda se inexistentes ou revogados os diplomas legais utilizados.

Salienta que, além disso, a autuação levou em consideração os fatos geradores ocorridos entre 31/01/2010 a 31/12/2010 e outro Auto de Infração lavrado na mesma data também imputou o mesmo ilícito fiscal e alcançando o mesmo período da ocorrência dos fatos, isto é, 31/01/2010 a 31/12/2010, conforme se verifica no Auto de Infração nº 269182.0002/11-1, cuja cópia anexou aos autos.

Assegura que a lavratura de dois Autos de Infração na mesma data que se referem ao mesmo ilícito tributário, cujo período compreende idênticas datas da ocorrência dos fatos geradores, resultam em nulidade dos lançamentos de ofício que não podem subsistir e devem ser anulados pelo julgador administrativo, em razão não só de ver incompreensível o suposto ilícito tributário, como também pela busca da verdade material.

Salienta que tal fato, devidamente comprovado, torna-se ainda mais grave, na medida em que o autuante não deduziu deste Auto de Infração os valores pagos com os benefícios da Lei da anistia do Auto de Infração nº 269182.0001/10-7(3º Auto de Infração) que se refere ao mesmo ilícito fiscal e alcança os períodos de 2006 a 2009.

Aponta como outra irregularidade, que diz levará o Auto de Infração à nulidade pelo Poder Judiciário, a mensuração da base de cálculo utilizando-se PMC previsto no Convênio 76/94. Afirmar que os Tribunais Superiores já pacificaram entendimento em diversos julgados que a base de cálculo a ser utilizada para mensuração do imposto devido por “ST” não pode ser lastreada em pauta fiscal, Tabela da ABC FARMA, devendo ser aplicado o valor da operação praticado para o consumidor final, sendo de conhecimento público que a malfadada Tabela da ABCFARMA publica preços irreais.

Aduz que nada mais justa esta conclusão dos Tribunais Superiores, a tributação através do instituto da Substituição Tributária já se faz por uma mera presunção jurídica, apenando cruelmente os contribuintes, pois o fato gerador ainda não ocorreu, e, além disso, ainda apurar a base de cálculo utilizando pauta fiscal.

Diz ainda que em vários demonstrativos elaborados pelo autuante, sendo um para cada mês, não demonstra, a exemplo do mês 01/2010, como se chegou aos valores mensais. Alega que mais uma vez não encontrou a informação de quanto era devido e de quanto foi recolhido, para encontrar o valor recolhido a menos.

Diz que ao seu ver o valor retido foi desconsiderado pelo Fisco e novo cálculo foi feito para que fosse exigida a diferença. Acrescenta que na hipótese de a Fiscalização pretender lhe acusar de ter recalculado o valor retido e se compensado do valor retido a maior, haveria a necessidade de demonstração da forma como este fato resultou em recolhimento a menos do imposto, o que não restou demonstrado nos autos.

Conclui reafirmando que o Auto de Infração deve ser anulado tendo em vista que os demonstrativos

que o integram se mostram confusos, prejudicando a sua defesa, eis que os registros feitos pelo autuante nas aludidas planilhas se referem a valores de imposto incidente sobre medicamentos oriundos de Estados signatários cuja responsabilidade tributária cabe ao remetente das mercadorias sendo supletiva a sua responsabilidade por força do artigo 125, do RICMS-BA.

Prosseguindo, reporta-se sobre a existência de cinco Autos de Infração lavrados sobre o mesmo fato, atribuindo-lhe a mesma infração, o que é defeso pelo RPAF/BA.

Menciona que os Autos de Infração nºs 2691820002103 lavrado em 24/05/2010, 2691820003100 lavrado em 24/05/2010, 2691820001107, lavrado em 24/05/2010, 2691820001115 lavrado em 14/06/2011, 2691820002/11-1, lavrado em 15/06/2011, se referem à mesma acusação fiscal de ICMS recolhido a menos por substituição tributária, e parte deles correspondem ao mesmo período de apuração, conforme apresenta a seguir:

1-O AI 2691820001107, se refere fatos geradores ocorridos em 2006/2007/2008/2009 e foi pago em espécie com os benefícios da Lei da anistia concedida pelo Estado da Bahia, em 31/05/2010;

2--O AI 2691820002103, também se refere aos fatos geradores ocorridos em 2006, 2007,2009 e foi deduzido de parte dos valores contidos no AI 2691820001107 (pago com a anistia);

3-O AI 2691820003100, também se refere fatos geradores ocorridos em 2006/2007/2008/2009, e não foi deduzido de parte dos valores contidos no AI 2691820001107 (pago com a anistia), sem qualquer justificativa;

4-O AI 2691820001115, se refere aos fatos geradores ocorridos em 2008 e 2010, e não foi deduzido de parte dos valores contidos no AI 2691820001107 (pago com a anistia), sem qualquer justificativa;

5- O AI 2691820002111, se refere aos fatos geradores ocorridos em 2010.

Registra que para comprovar todas as suas alegações acostou ao processo, planilha explicativa que demonstra sem qualquer margem de erro que os valores apurados nos cinco Autos de Infração lavrados pelo autuante no montante total de R\$13.606,851,69, não correspondem à verdade material dos fatos, eis que utilizando de uma metodologia diferente daquela utilizada pela Fiscalização encontrou que deve e reconhece o valor de R\$732.006,25, a título de ICMS antecipado a menos nas aquisições de Estados não signatários.

Manifesta o entendimento de que a forma de apurar o imposto devido pela empresa seria proceder ao levantamento de todas as notas fiscais de aquisição oriundas de Estados não signatários, deduzir as devoluções e os ressarcimentos, e também os valores recolhidos comprovadamente através de DAEs, situação na qual, o resultado encontrado espelharia o montante do tributo devido.

Afirma que ao optar por uma metodologia mais complicada para apurar o imposto o autuante transformou as peças acusatórias e os demonstrativos acostados, em documentos profundamente confusos, prejudicando o seu direito de ampla defesa. Acrescenta que tal fato se atesta em razão de julgamentos completamente díspares, confusos, realizados pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal e pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Auto de Infração nº. 2691820003100. A 3ª JJF anulou a exação fiscal e a 1ª Câmara anulou a decisão da 3ª JJF.

Aduz que se a própria SEFAZ, através de seus Auditores Fiscais especialistas em ICMS, não conseguiu entender a tributação exigida neste Auto de Infração, sendo julgado em três oportunidades, imagine o contribuinte, que não possui o expertise dos integrantes deste colegiado. Acrescenta que não pode condenar os profissionais do Fisco que se debruçaram sobre o referido PAF, pois trata-se de questão com alto grau de questionamento.

Salienta que evidentemente que a mesma situação vai se repetir na assentada do julgamento dos demais lançamentos de ofício, razão pela qual, com o objetivo de elucidar a questão, sugere que todos os processos sejam reunidos em conexão, inclusive o Auto de Infração quitado com os benefícios da anistia (2691820001107), para que não seja prejudicado.

Continuando, alega falta de cumprimento da regra insculpida no art. 40 do RPAF/BA, haja vista que

houve a lavratura de três Autos de Infração incidentes sobre o mesmo fato. Registra que além do presente lançamento de ofício haviam sido lavrados na mesma data os Autos de Infração n°s 269182.0001/10-7 e 269182.0002/10-3, situação na qual a legislação exige que para a lavratura de mais de um Auto referente à mesma Ordem de Serviço deveria haver prévia autorização do Inspetor Fazendário nesse sentido, devendo também ter sido anexado aos Autos de Infração lavrados cópia da justificativa e da autorização, o que não foi feito pelo autuante.

Observa que além desses três Autos de Infração ainda suportou a lavratura de mais dois Autos de Infração relativos ao mesmo direito de fundo, com a mesma acusação: recolhimento de ICMS a menor nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, no caso os Autos de Infração n°s 269182.0002/11-1 e 269182.0001/11-5.

Sustenta que não há como julgar esses cinco Autos de Infração de forma individualizada, sob pena de prejudicar e invadir o patrimônio do contribuinte de forma injusta e cruel. Reitera que esses Autos de Infração devem ser juntados por conexão e julgados todos por um único colegiado, conforme preconiza os arts. 103 a 105 do CPC, cuja redação reproduz.

Diz que ao analisar a planilha anexa ao Auto de Infração, resta demonstrado que deve apenas R\$732.006,25 a título de ICMS por recolhimento a menos e não o montante de R\$13.606.851,69, que é o somatório dos valores imputados nos cinco Autos de Infração acima aduzidos.

Esclarece que o Auto de Infração de n° 269182.0001/10-7 foi quitado indevidamente no período da anistia, apenas por receio em perder os benefícios do Decreto 7.799/00, e foi utilizado pelo autuante para deduzir o imposto apenas relativo ao Auto de Infração n° 269182.0002/10-3, quando deveria ser utilizado para deduzir todos os outros em razão de albergar os períodos de fiscalização dos anos de 2006 a 2009.

Diz que por essa razão é que existe a regra do artigo 40 do RPAF-BA, para evitar a confusão de exigência de tributos indevidos sobre a mesma matéria e relativos ao mesmo período.

Requer que o Auto de Infração seja anulado, pois restou demonstrado que o descumprimento das regras insculpidas no artigo 40 do RPAF, lhe trouxe prejuízos incalculáveis. Reitera em todos os seus termos as preliminares de nulidade arguidas.

Conclui requerendo:

- 1- Seja novamente o presente processo convertido em nova diligência, desta vez por fiscal estranho ao feito, pois permanecem erros que devem ser retificados para a busca da verdade material.*
- 2- Que o julgamento seja conexo aos demais Autos de Infração lavrados contra o autuado para elucidação do suposto ilícito tributário*
- 3- Reconhecimento da lavratura indevida de 05(cinco) autos de infração sobre o mesmo fato.*

Como preliminar de nulidade:

1 – Seja anulado o Auto de Infração por vício formal insanável, uma vez que a descrição dos fatos e demais elementos constantes dos demonstrativos do quantum do ICMS, e capitulação legal não retratam, com clareza, os fatos e o direito que substancializaram a autuação, cerceando o Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório do Contribuinte, nos termos do Recurso encartado no PAF, eis que não houve recolhimento a menor por antecipação.

2- Seja reconhecida a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor;

3- Seja reconhecida que houve a falta de apresentação das tabelas de preços da ABC FARMA em papel.

4 – Independente da nulidade da Autuação, a Presidente desse Conselho de Fazenda se digne de submeter a essa Colenda Câmara proposta para encaminhamento da matéria à Câmara Superior do CONSEF, objetivando a representação ao Secretário do Estado para que este possa decidir sobre a conveniência de revogar os dispositivos inquinados de inconstitucionalidade e ilegalidade por

conta das disposições do artigo 152 da Constituição Federal e artigo 11 do CTN, como devidamente demonstrado na exposição ut supra.

5- Seja reconhecido que por conta das disposições da Portaria 802/98 da ANVISA os distribuidores exclusivos de indústrias se equiparam ao estabelecimento industrial.

6- Que seja julgado improcedente a autuação pelos inúmeros erros materiais relacionados pela fiscalização

7- Haja o reconhecimento de que as multas aplicadas tem efeito confiscatório.

Requer, ainda, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as suas alegações, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

A 1ª JF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência a IFEP/NORTE(fl. 357), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências: 1. Intimasse o autuado para apresentar em sua totalidade os “*erros que devem ser retificados para a busca da verdade material*”, identificando-os, inclusive com a elaboração de demonstrativo, se necessário; 2. Caso o impugnante atendesse a intimação na forma aduzida no item 1, deveria o autuante analisar os elementos apresentados pelo autuado e, se fosse o caso, efetuar os ajustes e correções, elaborando novos demonstrativos.

O autuante se pronunciou (fls. 361 a 373) consignando que após a lavratura do presente Auto de Infração o contribuinte teve acesso ao inteiro teor da autuação e de todas as peças que a instruem e contestou o resultado da ação fiscal por quatro vezes nos autos, sempre repetindo as mesmas preliminares de nulidade, as mesmas questões de mérito e os mesmo pedidos, mitigando, no entanto, a apresentação da contestação dos preços utilizados nos demonstrativos de débito de uns poucos itens de mercadoria em apenas uma nota fiscal cada um, de modo a protelar ao máximo a constituição definitiva do crédito tributário lançado no Auto de Infração. Diz que o Relator acolheu a sua sugestão e baixou o processo em nova diligência para que o autuado fosse intimado a apresentar em sua totalidade, os “*erros que devem ser retificados para a busca da verdade material*”.

Destaca que atendendo a nova diligência, intimou o contribuinte que, no entanto, não apresentou nova manifestação. Porém, como a quarta manifestação do autuado foi posterior à última informação prestada e mesclou novos elementos as argumentações que vem se repetindo desde a primeira manifestação, e visando a conclusão da instrução para julgamento na 1ª Junta de Julgamento Fiscal, produziu esta nova informação, para demonstrar que esses novos argumentos, como se verá mais adiante, são parte integrante da estratégia do contribuinte de manter, *ad infinitum*, a discussão administrativa sem julgamento do presente PAF.

Consigna que o Auto de Infração se refere a uma única infração: o contribuinte efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88, do Regulamento do ICMS - RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Observa que os valores dos débitos estão demonstrados nos arquivos eletrônicos denominados “Infração 1 - 2008 ICMS rec ant a menor por nota-mes e item.xlsx” e “Infração 1 - 2010 ICMS rec ant a menor por nota-mes e item.xlsx” e “Infração 1 – Quadro Resumo.xls” na mídia anexa ao presente Processo Administrativo Fiscal – PAF, onde também constam as revistas com os preços máximos ao consumidor do período, das quais o contribuinte obteve cópia.

Registra que referidas mercadorias foram objeto do Convênio ICMS 76/94, que atribuiu aos estabelecimentos remetentes localizados nos Estados signatários desse convênio a responsabilidade pela retenção do ICMS em favor do Estado de destino, cabendo ao contribuinte autuado antecipar o ICMS para a Bahia apenas nas aquisições de estabelecimentos situados em Estados não signatários do convênio (vide relação às fls. 38 dos autos).

Salienta que para essas mercadorias, listadas no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, o art. 3º-A do Decreto Estadual 7.799/00, concede três opções de cálculo do ICMS por item de mercadoria presente em cada nota fiscal, todas com benefício de redução de base de cálculo ou aplicação de percentual inferior a alíquota normal do ICMS aos que, mediante Termo de Acordo, aderirem a esse tratamento tributário diferenciado, sendo que, a partir do exercício 2010, este tratamento continuou sendo assegurado ao contribuinte através de regime especial de tributação, mediante Termo de Acordo estabelecido pelo Dec. 11.872/09. Diz que muito embora o contribuinte possa escolher qualquer das opções, não poderá recolher valor menor que o mínimo admitido pela legislação.

Salienta que a auditoria fiscal realizada, tomando cada item de cada nota fiscal, verificou qual o menor valor de ICMS possível, com base na melhor opção de cálculo para o contribuinte, nos termos da legislação aplicável, para cada nota fiscal de entrada, e cotejou com o ICMS informado como recolhido pelo contribuinte, lançando no presente Auto de Infração a diferença entre o menor valor possível por nota fiscal e o informado como recolhido pelo contribuinte.

Consigna que o crédito exigido, após apreciação das diversas manifestações apresentadas, conforme detalhará no próximo item, foi reduzido para os valores constantes do arquivo eletrônico “10-05-2012 Quadro resumo das alterações no AI 269182.0001-11-5.xlsx”(mídia de fls. 278) cujo impresso se encontra às fls. 280 dos autos.

Assinala que o impugnante se manifestou em quatro oportunidades no PAF, sendo que, na primeira impugnação ao Auto de Infração e em mais três manifestações sobre os resultados da auditoria fiscal realizada, uma antes e outra após a primeira diligência realizada, e uma antes desta que é a segunda diligência realizada. Observa que após intimado a apresentar em sua totalidade, os “erros que devem ser retificados para a busca da verdade material”, conforme determinado pela JJF, o autuado não se manifestou.

Frisa que na defesa inicial o contribuinte apresentou três preliminares de nulidade do Auto de Infração, no caso, por falta de clareza da autuação; por ilegitimidade da lista de preços da ABCFarma; e por falta de apresentação dessa lista ao autuado. Apresentou também três questões de mérito, no caso, as aquisições a distribuidor teriam que ter o mesmo tratamento tributário das aquisições a indústria; erros materiais referente a preços de itens de mercadoria em notas específicas; e caráter confiscatório das multas, concluindo com sete pedidos – anulação do Auto de Infração; ilegitimidade da lista de preços da ABCFarma, falta de apresentação da lista ao contribuinte, representação ao Sr. Secretário em relação a suposta inconstitucionalidade de algumas normas estaduais, equiparação do tratamento tributário das aquisições a distribuidor ao concedido as aquisições a estabelecimentos industriais, julgamento pela improcedência do AI, e reconhecimento do suposto efeito confiscatória e inconstitucional da multa aplicada.

Observa que em todas as manifestações posteriores a defesa inicial foram repetidas as preliminares suscitadas na peça de defesa vestibular. Ressalta que todas essas preliminares, já foram apreciadas na primeira informação fiscal de fls. 110 a 140, nada mais havendo a ser acrescentado.

No que tange às questões de mérito, diz que o autuado, não tendo elementos que pudessem comprovar a total improcedência da autuação, valeu-se do direito de se manifestar a cada informação fiscal produzida para mitigar a defesa por desconformidade de preço/quantidade que encontrou em umas poucas notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de débito do auto de infração, de forma a postergar ao máximo o prazo para a constituição definitiva do crédito tributário e respectiva cobrança.

Assim, na primeira impugnação de mérito apresentada, no item denominado “erros materiais”, o autuado apontou diferença entre os preços da lista da ABCFarma e os preços de um item da Nota Fiscal n. 503.678, um da Nota Fiscal n.151.777, dois da Nota Fiscal nº 1.954 e um da Nota Fiscal nº 106.425. Também apontou a duplicação no cálculo de dez itens de mercadoria e pediu a revisão de todo o Auto de Infração, sob o argumento de que todo o lançamento estaria maculado. Registra que revisou o cálculo dessas notas fiscais e fez as correções necessárias, eliminando também as duplicações apontadas, conforme se pode verificar na informação fiscal prestada às fls. 134 a 140 dos

autos e demonstrativos nela citados.

Diz que na segunda manifestação o contribuinte, além de repetir tudo que havia dito na primeira, alegou que a revisão total do lançamento não foi efetuada, e apresentou nova desconformidade de preços entre a lista da ABCFarma e os demonstrativos do Auto de Infração, desta feita referente a 9 itens de algumas notas fiscais de 2008, além de 6 itens referentes ao exercício de 2006. Observa que os itens do exercício 2006 foram, de plano, descartados, por serem estranhos ao período da autuação.

Registra que após revisão do lançamento foi constatada a desconformidade do PMC dos itens de código 106845, 107012, 13986, 14001, 49328, 58777, 7927, 99440, não tendo sido constatada desconformidade no cálculo do ICMS do item 110137, uma vez que, para esse item a base de cálculo não foi o PMC. Aduz que conforme se pode verificar na informação fiscal de fls. 212 a 214 dos autos e demonstrativos nela citados, essa correção foi realizada.

Aduz que na terceira manifestação, além das repetições, voltou o impugnante a alegar a não revisão do lançamento, e apontou a desconformidade de preço de um único item da Nota Fiscal nº 503678, contudo, não satisfeito em repetir o inteiro teor de todas as contestações anteriores, ainda repetiu, dois parágrafos após, a contestação ao mesmo item da Nota Fiscal nº 503678, desta feita com texto diferente, talvez para tornar a contestação mais extensa sem, no entanto, dotá-la de maior conteúdo.

Observa que fez a verificação e corrigiu o cálculo para a nota fiscal citada pelo autuado, conforme se pode verificar na informação fiscal de fls. 281 a 284 e demonstrativos nela citados.

Assinala que após a informação o autuado apresentou sua quarta manifestação, onde mesclou às repetições de sempre uma nova argumentação, de forma a manter sua estratégia de protelar o julgamento e a constituição definitiva do crédito tributário lançando no presente Auto de Infração.

Salienta que em nova diligência intimou o contribuinte a atender a solicitação da JJF, entretanto, não obstante ter aguardado por prazo superior ao concedido na intimação de fl. 359, o autuado não se manifestou, provavelmente, na intenção de produzir nova contestação após a presente informação fiscal, de modo a manter repetidas manifestações nos autos e seguir protelando o julgamento do PAF.

Observa que tal estratégia fere um dos princípios fundamentais que informam o processo administrativo fiscal, pois ao se estabelecer o contraditório, vale a regra insculpida no artigo 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de que *o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*. Diz que também os princípios da economia processual e da verdade material ficam prejudicados.

Reporta-se sobre os novos argumentos trazidos pelo impugnante na sua quarta manifestação, dizendo que este parte agora para uma nova estratégia de postergação da constituição do crédito lançado no presente Auto de Infração, no caso, trazer para o presente PAF a discussão de todos os Autos de Infração lavrados pela Fazenda Estadual referentes aos exercícios de 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010, inclusive aqueles já pagos e já julgados pelo CONSEF.

Frisa que a nova argumentação apresentada pelo autuado foi inserida na manifestação de fls. 288 a 327, denominado “da necessidade de conexão dos processos”, tendo este item sido dividido em dois. Diz que também na manifestação o autuado afirma expressamente que *“os Tribunais Superiores já pacificaram entendimento em diversos julgados que a base de cálculo a ser utilizada para mensuração do imposto devido por ST não pode ser lastreado em pauta fiscal (Tabela da ABC Farma), devendo ser aplicado o valor da operação praticado para o consumidor final”*.

Salienta que como ponto de partida para a análise desse tópico da impugnação, é preciso que se entenda que, para o Fisco, o conceito de pauta fiscal no ICMS é diferente daquele adotado pelo Poder Judiciário. Para o Fisco, pauta fiscal é um valor mínimo determinado de base de cálculo, alternativo ao valor da operação e fixado pela autoridade competente, para fins de apuração do montante devido do imposto, de uso opcional ou obrigatório, conforme critérios estabelecidos na

legislação do ICMS. Já para o Judiciário, pauta fiscal é o valor da base de cálculo do imposto fixado a partir de critérios arbitrários e sem pertinência legal, de forma aleatória e, por isso mesmo, repudiada pela jurisprudência.

Observa que na apuração do “*quantum debeatur*” por item de mercadoria, se valeu a auditoria fiscal da Tabela de Preços da ABCFarma, pois como o crédito tributário exigido se refere ao ICMS da chamada substituição tributária “para frente” ou progressiva, admitida no § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, o fato gerador é presumido, uma vez que a operação de saída do autuado ainda não ocorreu.

Registra a existência de mais um julgado, desta feita em favor de Auto de Infração lavrado pelo Fisco da Bahia e referente a medicamentos, o que atesta definitivamente que os critérios que nortearam o seu trabalho estão, ao contrário do que afirma o contribuinte, em total sintonia com a legislação e a jurisprudência. Acrescenta que se trata do Recurso Especial nº 1229289 movido pelo Estado da Bahia contra acórdão da Câmara Especializada do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que não havia admitido a fixação da base de cálculo através de pauta de preços ou valores das revistas ABCFarma e Guia da Farmácia, sendo que, após citar farta jurisprudência, entre as quais as citou, o Ministro Hamilton Carvalhido deu provimento ao recurso especial para julgar procedente a autuação fiscal e o uso da lista de preços das revistas especializadas (edição nº 746 do DJe, publicação em 08/02/2011).

Frisa que o impugnante menciona outras autuações, que versam sobre diversas infrações cometidas pelo autuado, de exercícios que vão de 2006 a 2010, na intenção de fazer prosperar a tese segundo a qual todas as infrações cometidas na apuração, retenção e recolhimento do ICMS por antecipação devido pelo sujeito passivo por substituição se resumem a uma só, ou seja, que não seria possível a um contribuinte cometer mais de uma infração nos fatos geradores relacionados ao ICMS da substituição tributária por antecipação para um mesmo período de apuração.

Diz que indubitavelmente se assim fosse a realidade, muito menos complexa seria a atividade de auditoria fiscal, contudo, a sonegação fiscal apresenta uma multiplicidade de condutas, que exigem o contínuo aperfeiçoamento não só das técnicas e ferramentas de auditoria fiscal como da própria legislação tributária e penal tributária.

Apresenta, a título de ilustração, as etapas de cálculo do ICMS por antecipação devido pelo sujeito passivo por substituição para um período de apuração com 3 notas fiscais de entrada, denominadas NF1, NF2 e NF3, contendo 2 itens de mercadoria cada uma, designadas por letras, todas sujeitas a antecipação do ICMS ao entrarem no estabelecimento, no intuito de demonstrar, de forma simplificada, com poucos elementos, os efeitos das diversas condutas delituosas, assemelhadas às praticadas pelo autuado, sobre o imposto devido.

Assegura que a auditoria fiscal realizada nos exercícios de 2006 a 2009 na Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda. identificou a prática de diversas e reiteradas infrações, algumas até já autuadas, julgadas procedentes e pagas pelo contribuinte, referentes a exercícios anteriores a 2006. Acrescenta que as várias infrações resultaram, todas elas, em recolhimento a menos do ICMS por antecipação de sua responsabilidade e originaram-se de diversos procedimentos irregulares, que a fiscalização descreveu e quantificou um a um em cada infração, de forma a facilitar o exercício do direito de defesa e contribuir para a correção desses procedimentos, porque a ação fiscal também tem um caráter educativo, e de também buscar, ao gravar com multa as condutas irregulares, a sua não reincidência, contribuindo, no momento seguinte, para o aumento da arrecadação espontânea e para a redução de contenciosos entre o Fisco e o contribuinte.

Registra que ao final da ação fiscal citada o contribuinte compareceu a repartição fiscal e tomou conhecimento de todas essas infrações, tendo reconhecido algumas e preferido impugnar outras. Consigna que atendendo ao seu pedido, foram lavrados três Autos de Infração, o primeiro com as infrações reconhecidas pelo contribuinte, pago sete dias após a lavratura. O segundo, com a infração que o contribuinte iria avaliar mais profundamente se efetuariá o pagamento ou contestaria e, o terceiro, com a infração com a qual ele não concordava e iria contestar.

Observa que em 2011 foram lavrados mais dois Autos de Infração contra o autuado, incorporando o exercício de 2010, sendo um desses Autos aquele para o qual produziu a presente informação.

Esclarece sobre quais matérias versam os Autos de Infração para demonstrar, ao contrário do que alega o contribuinte, que jamais permitiria a cobrança em mais de uma autuação, referente ao mesmo período de apuração, do mesmo ICMS devido em cada infração.

Registra que em 2011 foram lavrados mais dois Autos de Infração contra o autuado, no caso, o Auto de Infração n.º 269182.0001/11-5 - objeto da presente lide - que exige crédito tributário de infração semelhante à descrita no Auto de Infração n.º 269182.0002/10-3, agora referente aos exercícios de 2008 e 2010, e o Auto de Infração n.º 269182.0002/11-1 exige crédito tributário de infração semelhante à descrita no Auto de Infração n.º 269182.0003/10-0, porém referente ao exercício de 2010. Apresenta de forma simplificada como foi quantificada cada infração.

Diz que os dados da ilustração numérica demonstram que o valor total devido foi quantificado de acordo com as infrações apuradas pela auditoria fiscal e exigido uma única vez, sem que qualquer reclamação de crédito tributário de uma infração tivesse sido novamente exigida em qualquer das outras infrações.

Consigna que o autuado alega que a regra insculpida no artigo 40 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 não foi observada pelo autuante, contudo, a lavratura do presente Auto de Infração e do Auto de Infração nº 269182.0002/11-1, referentes à fiscalização do exercício 2010 falam por si mesmos, à luz da redação vigente do citado artigo, cujo teor reproduz. Salienta que a redação do art. 40 do RPAF, na forma reproduzida pelo impugnante à fl. 301 dos autos, não alcança o presente Auto de Infração, por se tratar de norma revogada.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração, com os ajustes feitos nas informações fiscais anteriores, conforme o arquivo eletrônico “10-05-2012 Quadro resumo das alterações no AI 269182.0001-11-5.xlsx” (mídia de fls. 278), impresso às fls. 280, mantendo as demais competências os valores originais, passando o valor do ICMS devido para R\$3.243.539,93.

O autuado se manifestou (fls. 380 a 404) dizendo que da leitura da informação fiscal do autuante, em que pese o seu lamento bastante extenso, derivando por ilações que não esclarecem os fatos, verifica-se que, mais uma vez, não atendeu ao pedido de diligência suscitado na exordial, deduzindo do Auto de Infração original, apenas os valores arguidos. Reitera os argumentos apresentados nas manifestações anteriores. Acrescenta que remanescem no Auto de infração, erros crassos, que não foram corrigidos a exemplo de:

- erro na aplicação do PMC na Nota Fiscal nº 506378, cujo valor correto é R\$19,66;
- cobrança em duplicidade de imposto, sendo duplicado pelo sistema parametrizado da SEFAZ que serviu de base para a lavratura deste Auto de Infração o produto ANDROXON, gerando diferença contra o contribuinte;
- Nota Fiscal nº 38543 de 28/02/2008, produto REMERON, R\$76,11, cobrado em duplicidade como sendo ANDROXON, valor R\$263,32;
- Nota fiscal de nº 175766 DE 04/03/2010 da ACHÉ LABORATÓRIOS. (Biomag 10 mg, cps 1x30) Etico; valor duplicado de R\$70,06 e 82,42;
- Nota Fiscal nº 158499 de 27/02/2008 da EUROFARMA de Cetoconazol+DIP BET+ SULF NEO CR 30 g, valor duplicado R\$119,63 e R\$128,12;
- Nota Fiscal nº 158405 de 27/2/2008 da MANTECORP LOGISTICA, Valerato Betamet 20 G, valor duplicado R\$125,52; Nota Fiscal nº 151777 da MANTECORP LOGISTICA de 06/02/2008, ALIVIUM 50mg GTS 30ml- , PMC incorreto;
- Nota Fiscal nº 38.543 de 28/02/2008 da SCHERING-PLOUGH IND FARM LTDA. ANDROXON, valor duplicado 263,32;
- Nota Fiscal nº 253.321 de 13/03/2008, da BIOSINTÉTICA FARMACEUTICA LTDA, Citalopram 20mg CPR

1x14, valor duplicado: 101,59;

- Nota fiscal de nº 1954 de 03/12/2008, da GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA, Psorex CR 30g e PSOREX pom 30g : PMA incorreto R\$418,63 e R\$428,50 respectivamente;

- Nota Fiscal nº 602110 de 29/04/2008, da NOVARTIS BIOCIENCIAS S.A, Codatem 50 mg cpr 1x10 CE (A2) Adendo, valor duplicado: R\$186,03;

- Nota Fiscal nº 106425 de 20/01/2010, da NOVARTIS BIOCIENCIAS S.A, Foraseq 12x400 mcg cps 1x60 +60 S/INA-ETIC. PMC incorreto de R\$270,73 e R\$1082,92;

- Nota Fiscal nº 96756 de 06/01/2010 da MEDLEY S.A IND. FARMACEUTICA, Nit MICOZANOL Cr. VAG, 80 g apl 1x14, valores duplicados pelo autuante R\$150,99 e R\$366,68;

- Nota Fiscal nº 90810 de 20/01/2010, do LABORATOTIOS PFIZER LTDA, Aldazida 50mg cpr 1x30 Etico, valores duplicados 33,015 e 412,69;

- Nota Fiscal nº 158204 de 19/08/2010 da NOVARTIS BIOCIENCIAS, Galvus met 50/850mg cpr 1x50 CE – Etico, valores duplicados R\$127,56 e R\$273,33;

- Nota Fiscal nº 175766, de 04/03/2010 da ACHE LABORATORIOS FARM LTDA, Biomag 10 mg CPS 1x30 ETICO, valores duplicados: R\$70,06 e R\$82,42.

Destaca que o Auto de Infração prescinde de uma revisão completa, e não pode ser feita pelo autuante, eis que já demonstrou a total indiferença às determinações deste Conselho.

Aduz que urge que o processo seja diligenciado por Auditor Fiscal da ASTEC, estranho ao feito, caso contrário a verdade material jamais será apresentada. Diz que não adianta passar esta responsabilidade para o autuado, pois quem tem a autoridade para fazer o lançamento é o Auditor Fiscal. Reitera os argumentos anteriormente apresentados. Reporta-se sobre a existência de erros materiais, e diz que além disso, está acostando ao presente processo planilha em formato Excel contendo diversas inconsistências detectadas pela conferência dos valores apurados pela Fiscalização, além de cópias de notas fiscais juntadas por amostragem, para a qual requer realização de diligência por fiscal estranho ao feito.

Conclui requerendo:

1- *Seja convertido novamente o presente processo convertido em nova diligência, desta vez para diligente da ASTEC, pois permanecem erros que devem ser retificados para a busca da verdade material e o autuante reiteradamente recusa-se a revisar o processo.*

2- *Como preliminar de nulidade:*

1 – *Seja anulado o Auto de Infração por vício formal insanável, uma vez que a descrição dos fatos e demais elementos constantes dos demonstrativos do quantum do ICMS, e capitulação legal não retratam, com clareza, os fatos e o direito que substancializaram a autuação, cerceando o Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório do Contribuinte, nos termos do Recurso encartado no PAF, eis que não houve recolhimento a menor por antecipação.*

2- *Seja reconhecida a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor;*

3- *Seja reconhecida que houve a falta de apresentação das tabelas de preços da ABCFARMA em papel.*

4 – *Independente da nulidade da Autuação, a Presidente desse Conselho de Fazenda se digne de submeter a essa Colenda Câmara proposta para encaminhamento da matéria à Câmara Superior do CONSEF, objetivando a representação ao Secretário do Estado para que este possa decidir sobre a conveniência de revogar os dispositivos inquinados de inconstitucionalidade e ilegalidade por conta das disposições do artigo 152 da Constituição Federal e artigo 11 do CTN, como devidamente demonstrado na exposição ut supra.*

5- *Seja reconhecido que por conta das disposições da Portaria 802/98 da ANVISA os distribuidores exclusivos de indústrias se equiparam ao estabelecimento industrial.*

6- *Que seja julgado improcedente a autuação pelos inúmeros erros materiais relacionados pela fiscalização*

7- *Haja o reconhecimento de que as multas aplicadas tem efeito confiscatório.*

O autuante se pronunciou (fls. 430/431) consignando que após a informação fiscal de fls. 361 a 373, e cumprindo a solicitação contida na diligência de fl. 357, foi dada ciência ao contribuinte do inteiro teor da referida informação fiscal, tendo o autuado se manifestado apresentando, além das mesmas alegações produzidas desde a primeira peça de defesa, já apreciadas, novas divergências de PMCs e de duplicação de itens no cálculo do ICMS lançado na autuação.

Observa que como a duplicidade estava relacionada a procedimento do autuado de atribuir em seus registros diversas denominações a um mesmo item de mercadoria, realizou uma varredura nos demonstrativos de débito do Auto de Infração de forma a identificar e excluir essas ocorrências, oportunidade na qual também corrigiu o PMC dos itens com divergências citados na quinta manifestação do impugnante.

Registra que em relação aos 16 itens de fls. 383/384 da impugnação, tem a informar o seguinte:

- o item 1 é repetição das impugnações anteriores e já havia sido acatado na informação fiscal anterior, sendo o item 16 repetição do item 4;
- a nota fiscal citada no item 9 não faz parte do demonstrativo de débito do Auto de Infração;
- os demais itens relacionados à correção do PMC foram acatados e corrigidos;
- quanto à alegação de duplicidade de itens, esclarece que foram realizadas as exclusões das duplicidades, tanto dos itens mencionados pelo impugnante quanto de outros não impugnados, contudo, identificados na “varredura” que realizou.

Explica que as alterações processadas se encontram nos arquivos eletrônicos que identifica.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração no valor do ICMS devido de R\$2.647.036,15.

Cientificado sobre o resultado da diligência o autuado apresentou petição (fls. 439/440) requerendo a dilação de prazo, argumentando que:

- a grande quantidade de dados contábeis e fiscais, que exige um significativo dispêndio de tempo para conferir os dados constantes no demonstrativo elaborado pelo autuante, o que diz ser incompatível com apenas dez dias concedidos;
- a necessidade de reconferir todo quadro do débito apresentado, uma vez que o mesmo foi reduzido em aproximadamente mais de R\$600.000,00;
- trata-se de empresa de porte significativo, de atividade comercial que contempla quantidade de operações, com um consequente número extraordinário de documentos fiscais e contábeis;
- a intimação coincidiu com a época de fechamento de Balanço anual, e as limitações normais provocadas pelas festividades de fim de ano, que, extreme de dúvidas, contribuem para dificultar o seu cumprimento com a presteza desejada por todos.

Em face dos motivos acima aduzidos, requereu o autuado que lhe fosse concedida a dilação do prazo para apresentação do quanto exigido na intimação por 30 (trinta) dias.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pelo deferimento do pedido de dilação de prazo de 30 (trinta) dias (fl. 444) requerido pelo impugnante, para que se manifestasse sobre o resultado da diligência.

O autuado se manifestou (fls. 452 a 473) consignando que da leitura da informação fiscal do autuante, em que pese o seu zelo extenso, fatos contestáveis permanecem no lançamento tributário, os quais não esclarecem a verdade material do evento tributário, pois, mais uma vez, não atendeu ao pedido de diligência suscitado na peça de defesa exordial, deduzindo do Auto de Infração original, apenas os valores arguidos.

Reitera que a diligência não foi cumprida em sua inteireza, demonstrando a “má-vontade” do autuante em proceder a revisão dos valores considerados indevidos pelo impugnante, tendo apenas retificado parte do montante contestado.

Sustenta que, de forma definitiva, o presente Auto de Infração deve ser anulado tendo em vista que os demonstrativos integrantes deste se mostram confusos, prejudicando a sua defesa, eis que os registros feitos pelo autuante nas aludidas planilhas se referem a valores de imposto incidente sobre medicamentos oriundos de Estados signatários, cuja responsabilidade tributária pertine ao remetente das mercadorias, sendo supletiva a sua responsabilidade, por força do artigo 125 do RICMS/BA.

Assevera que, além disso, remanescem no Auto de infração, erros crassos, conforme planilha que anexa, que não foram corrigidos. Apresenta exemplos.

Afirma que se observa que o PMC que está na revista da ABCFarma diverge substancialmente da base de cálculo apurada pelo autuante, fatos demonstrados nas planilhas acostadas (Doc. 02).

Reitera que o Auto de Infração prescinde de uma revisão completa, que não pode ser feita pelo autuante, eis que já demonstrou a total indiferença às determinações deste CONSEF.

Diz que urge que o processo seja diligenciado por Auditor Fiscal da ASTEC, caso contrário a verdade material jamais será apresentada.

Reafirma que inexistente previsão legal de lhe transferir a responsabilidade, pois quem tem a autoridade para fazer o lançamento de ofício e revisa-lo é a autoridade administrativa. Reproduz o art. 142, do CTN.

Reitera as demais argumentações apresentadas nas manifestações anteriores.

Conclui requerendo:

- 1- Seja convertido novamente o presente processo convertido em nova diligência, desta vez para diligente da ASTEC, pois permanecem erros que devem ser retificados para a busca da verdade material e o autuante reiteradamente recusa-se a revisar o processo.*

Como preliminar de nulidade:

- 1 – Seja anulado o Auto de Infração por vício formal insanável, uma vez que a descrição dos fatos e demais elementos constantes dos demonstrativos do quantum do ICMS, e capitulação legal não retratam, com clareza, os fatos e o direito que substancializaram a autuação, cerceando o Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório do Contribuinte, nos termos do Recurso encartado no PAF, eis que não houve recolhimento a menor por antecipação.*
- 2- Seja reconhecida a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor;*
- 4 – Independente da nulidade da Autuação, a Presidente desse Conselho de Fazenda se digne de submeter a essa Colenda Câmara proposta para encaminhamento da matéria à Câmara Superior do CONSEF, objetivando a representação ao Secretário do Estado para que este possa decidir sobre a conveniência de revogar os dispositivos inquinados de inconstitucionalidade e ilegalidade por conta das disposições do artigo 152 da Constituição Federal e artigo 11 do CTN, como devidamente demonstrado na exposição ut supra.*
- 5- Seja reconhecido que por conta das disposições da Portaria 802/98 da ANVISA os distribuidores exclusivos de indústrias se equiparam ao estabelecimento industrial.*
- 6- Que seja julgado improcedente a autuação pelos inúmeros erros materiais relacionados pela fiscalização*
- 7- Haja o reconhecimento de que as multas aplicadas tem efeito confiscatório.*

O autuante se pronunciou à fl. 500, mantendo o resultado da última informação fiscal.

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidade suscitadas pelo impugnante conforme faço a seguir:

- no que tange à preliminar de nulidade por falta de clareza da infração imputada, em razão de não ter compreendido a irregularidade cometida, verifico que a infração descrita no Auto de Infração não permite qualquer dúvida sobre se tratar de *recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89*. Apesar de não ter sido dito expressamente que se trata dos anexos 88 e 89 do RICMS/BA, certamente que a ausência de tal complementação não invalida o lançamento – conforme pretende o autuado -, haja vista que o enquadramento da infração identifica claramente se referir a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Ademais, na descrição dos fatos consta toda explicação sobre a exigência fiscal; a forma de determinação da base de cálculo e, o consequente valor do imposto apurado; o que permitiu ao impugnante identificar a existência de equívocos no levantamento levado a efeito pelo autuante, conforme apresentou nas razões de mérito ao apontar a existência de erros materiais.

Constato que foi juntado pelo autuante mídia magnética, na qual constam todos os demonstrativos atinentes à infração, cuja cópia foi entregue ao contribuinte conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos acostado aos autos. Vejo que no referido recibo o autuado declara que recebeu, executou e teve acesso sem qualquer erro ou falha de todo conteúdo dos demonstrativos.

Observo, ainda, que na informação fiscal e diversos pronunciamentos posteriores o autuante acatou as argumentações defensivas sobre existência de erros materiais no levantamento, inclusive refazendo os cálculos e reduzindo o valor do débito originalmente apontado no Auto de Infração, conforme novos demonstrativos acostados aos autos, cuja ciência foi dada ao autuado.

Verifico que os mencionados documentos identificam a base de cálculo da infração descrita no lançamento, sendo possível compreender claramente o teor da acusação fiscal que resultou em recolhimento a menos do imposto no período indicado na autuação.

Diante disso, não acolho esta arguição de nulidade;

- quanto a preliminar de nulidade por ter sido utilizada lista de preços da ABCFARMA, em razão de não ser órgão competente para estabelecimento de preços máximos de venda a consumidor – PMC, também não acolho a pretensão defensiva, haja vista que, conforme muito bem detalhado pelo autuante, o §7º da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, determina que *o estabelecimento industrial ou importador informará em qual revista especializada ou outro meio de comunicação divulgou os preços máximos de venda a consumidor dos seus produtos, conforme determinação legal, ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da Federação, sempre que efetuar quaisquer alterações*.

Nesse sentido é que a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico publica a “Revista da ABCFARMA”, onde são publicados os PMC do segmento mensalmente.

Relevante registrar que os preços publicados não são estabelecidos pela ABCFARMA, mais sim coletados dos fabricantes e importadores e divulgados, na forma estabelecida pelas legislações tributária e de fixação de preços de medicamentos de uso humano.

Assim sendo, não acolho também essa arguição de nulidade.

- no que diz respeito a preliminar de nulidade pela falta de apresentação prévia da tabela da ABCFARMA, também não pode prosperar a pretensão defensiva, pois às fls. 26/27 constam recibos

por parte do contribuinte das referidas tabelas atinentes aos exercícios de 2008 e 2010. Vale observar que o exercício de 2006 não foi objeto do lançamento de ofício em exame.

Observo que todas as edições dos exercícios de 2008 e 2010 das Revistas ABCFARMA se encontram na mídia CD, da qual o contribuinte recebeu cópia autenticada, inclusive declarando que teve acesso ao seu inteiro teor, sem erros ou falhas.

Desse modo, não acolho também a nulidade arguida quanto a este item da impugnação.

No respeitante a argumentação defensiva de que não há que se falar em exigência de imposto restringindo o benefício fiscal previsto no artigo 3º-A do Decreto 7.799/00, somente às aquisições de indústrias, principalmente em razão de o setor ser controlado e fiscalizado pela Vigilância Sanitária e as empresas remetentes terem a natureza de Distribuidor exclusivo de indústrias, a elas se equiparando, também não procede.

Em verdade, a pretendida equiparação não encontra amparo na legislação do ICMS. Inexiste qualquer disposição legal tributária dispondo nesse sentido. Certamente se o legislador pretendesse equiparar o distribuidor a indústria teria dito expressamente, o que não foi feito.

Quanto à alegação de que o art. 3º-A do Decreto nº 7.799/00 é inconstitucional por estabelecer diferença de tratamento em função da procedência e ferir a isonomia tributária, observo que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade, consoante estabelece o art. 167, inciso I, do RPAF/99.

Com relação à argumentação defensiva de que a responsabilidade tributária cabe ao remetente das mercadorias, sendo sua responsabilidade supletiva por força do art. 125, do RICMS/BA/97, observo que lhe assistiria razão se as mercadorias fossem provenientes de Estados signatários do Convênio nº 76/94, o que não é caso do lançamento de ofício em exame. Na realidade, no presente caso, a exigência diz respeito a aquisições de mercadorias em Estados não signatários do referido Convênio, situação na qual cabe o pagamento antecipado do imposto na entrada, consoante previsto no art. 353, II, c/c o art. 125, I, “b”, do RICMS/BA/97.

No que concerne à argumentação de falta de cumprimento da regra insculpida no art. 40, do RPAF/99, por ter havido a lavratura de três Autos de Infração sobre o mesmo fato, o que exigiria para lavratura prévia autorização do Inspetor Fazendário nesse sentido, por certo que também não pode prosperar, haja vista que consta no Auto de Infração em exame, o “visto” do Inspetor Fazendário autorizando o registro do Auto de Infração.

Em verdade, trata-se de uma disposição voltada muito mais para o controle gerencial administrativo da repartição fazendária, do que para o contribuinte. E tanto é assim que, o referido art. 40, do RPAF/99, teve a sua redação modificada, em 27/10/2010, para afastar a aduzida autorização do Inspetor Fazendário, passando a dispor apenas que o autuante poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão.

Como o contribuinte exerceu plenamente o seu direito de ampla defesa e do contraditório, conforme se verifica na defesa vestibular e diversas manifestações posteriores, inclusive sobre as diligências solicitadas, não há como invalidar o presente lançamento sob a argumentação de ausência de autorização do Inspetor Fazendário.

No tocante à alegação defensiva de que os Autos de Infração nºs 2691820002103, 2691820003100, 2691820001107, 2691820001115 e 2691820002/11-1, se referem à mesma acusação fiscal de ICMS recolhido a menos por substituição tributária, e parte deles correspondem ao mesmo período de apuração, razão pela qual devem ser juntados por conexão e julgados todos por um único colegiado, observo que os demais Autos de Infração já foram objeto de julgamento, por outras Juntas de Julgamento Fiscal e mesmo Câmaras de Julgamento Fiscal.

Noto também que não procede a alegação defensiva de existência de exigência fiscal referente a mesma infração no mesmo período em mais de um lançamento de ofício. Em verdade, apesar de

haver mais de um Auto de Infração, verifica-se claramente que dizem respeito a períodos distintos, incorrendo, portanto, a aduzida dualidade de exigência do mesmo crédito tributário.

Quanto à alegação de que o art. 3º-A do Decreto nº 7.799/00 é inconstitucional por estabelecer diferença de tratamento em função da procedência e ferir a isonomia tributária, vale consignar que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade, consoante estabelece o art. 167, inciso I, do RPAF/99.

Relativamente ao pedido de realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito da ASTEC/CONSEF, observo que o autuado teve diversas oportunidades para apresentar o que denominou de “erros materiais”, nas diversas manifestações, inclusive nas diligências solicitadas por esta JJF para que apresentasse em sua totalidade os erros existentes, haja vista que nas várias manifestações sempre apresentou os equívocos por amostragem.

Diversamente da alegação defensiva de que não se pode passar essa responsabilidade para o autuado, pois quem tem a autoridade para fazer o lançamento é o Auditor Fiscal, é certo que não se trata de troca de responsabilidade, mas sim de observância da própria legislação processual tributária, no sentido de que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art. 142, do RPAF), assim como que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do mesmo RPAF).

Ademais, há que se observar que o art. 147, I, “b”, do RPAF/99, determina que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Diante disso, com fulcro no referido art. 147, I, “b”, do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência.

No mérito, observo que o Auto de Infração descreve como irregularidade o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89, em decorrência de inobservância do disposto no art. 3º-A do Dec. 7.799/00.

Verifico que o autuante efetuou o cálculo do valor do imposto por item de mercadoria constante das notas fiscais de entradas, tendo considerado a forma de apuração mais favorável ao contribuinte, nos termos do Termo de Acordo que este celebrou com a SEFAZ/BA, que assegura o cálculo e recolhimento do ICMS por antecipação com base no art. 3º-A do Decreto nº 7.799/00. Noto também que o autuante utilizou o preço máximo ao consumidor – PMC - vigente à época dos fatos ou, na falta deste utilizou a margem de valor agregado - MVA - prevista no Convênio ICMS 76/94, sendo que, esse cálculo foi totalizado por nota fiscal e cotejado com o valor calculado por nota fiscal pelo contribuinte, exigindo a diferença.

Verifico que na defesa apresentada e manifestações posteriores o autuado identificou a existência de erros materiais no levantamento realizado pelo autuante, tendo este na informação fiscal e pronunciamentos posteriores, acolhido os argumentos defensivos e revisado o levantamento o que resultou na redução do valor originalmente exigido para R\$2.647.036,15, conforme novos demonstrativos que elaborou.

Relevante registrar que não procede a argumentação defensiva de que todos os Autos de Infração que mencionou se referem ao mesmo ilícito tributário, cujo período compreende idênticas datas de ocorrência dos fatos geradores, bem como que o autuante não deduziu os valores pagos, haja vista que inexistente qualquer relação entre os referidos Autos de Infração, tratando-se de períodos completamente diferentes, conforme muito bem explicado pelo autuante e consta nos autos.

Dessa forma, acolho o resultado da revisão fiscal trazido pelo autuante, haja vista que foram consideradas todas as ponderações defensivas, sendo a infração parcialmente subsistente no valor de R\$2.647.036,15, conforme novos demonstrativos elaborados pelo autuante.

No que concerne à arguição de que as multas são confiscatórias e que contrariam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, consigno que estas foram corretamente aplicadas ao presente caso, estando previstas na Lei nº 7.014/96, o que ocorre, de igual modo, com a exigência do imposto. Quanto à sua redução, requerida pelo autuado, como se trata de multa por descumprimento de obrigação principal a sua dispensa ou redução, ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

No que tange ao pedido para que o senhor Presidente deste Conselho de Fazenda se digne de submeter proposta para encaminhamento da matéria à Câmara Superior do CONSEF, objetivando a representação ao Secretário do Estado para que este possa decidir sobre a conveniência de revogar os dispositivos inquinados de inconstitucionalidade e ilegalidade por conta das disposições do artigo 152 da Constituição Federal e artigo 11 do CTN, como devidamente demonstrado na exposição apresentada, certamente, tratando-se esta Junta de Julgamento Fiscal de órgão de primeira instância, caberá ao autuado, querendo, apresentar o referido pedido quando o processo se instaurar na segunda instância para apreciação pela Câmara e, se for o caso, atendimento do pedido.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269182.0001/11-5**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.647.036,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR