

PROCESSO - A. I. Nº 206880.0112/12-1
RECORRENTE - HOSPIFARMA COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES E FARMACÊUTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0280-01/13
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 27/04/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0082-11/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS (MEDICAMENTOS) ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97. A base de cálculo para fins de retenção do imposto deve ser o preço único ou máximo de venda sugerido pelo fabricante ou, na falta deste, o valor da mercadoria, acrescido da MVA prevista na legislação, nos termos do § 1º da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2012 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$ 3.3885.177,91, em decorrência do cometimento de 01 (uma) infração, a seguir transcrita:

Infração 01 - “Efetuou recolhimento a menor de 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.

Consta ainda na descrição da infração as seguintes informações:

Conforme demonstrativo do cálculo da diferença do ICMS, devido em decorrência de erro na determinação da base de cálculo na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos provenientes de Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94. De acordo com a cláusula segunda do citado Convênio, a base de cálculo para os produtos será o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Foram utilizados como fontes no cálculo da referida base de cálculo a tabela ABCFARMA. Lista de preço máximo ao consumidor pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos e pela Suplemento Lista de Preços (parte integrante da Revista Guia da Farmácia). Tendo em vista o critério de vigência do valor do Preço Máximo de Venda a Consumidor divergir do exercício fiscal, em determinados períodos, foi apresentado mais de uma planilha de cálculo para o mesmo mês, desta forma se fez necessário o somatório destes para obtenção do valor real do débito”.

Foram apresentadas Defesa tempestiva às fls. 239 a 244, pugnando pela improcedência da infração 1, e a correspondente Informação Fiscal pelo autuante às fls. 251 a 253, ratificando o entendimento da procedência do Auto de Infração. (cd fl. 2028)

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para exigir ICMS em decorrência da infração descrita e relatada na inicial dos autos, no valor global de R\$ 3.885.177,91, que será objeto da apreciação, nas linhas procedentes.

O contribuinte, preliminarmente, argui que, em se tratando de Empresa de Pequeno Porte, deve lhe ser deferido um tratamento diferenciado, nos termos do art. 179, CF 88, cujo faturamento é, predominantemente, destinado à linha de produtos hospitalares com vendas, principalmente, a órgãos públicos (Prefeituras).

Argumenta ainda que o valor apurado na presente autuação é absurdamente superior ao imposto calculado e recolhido pela empresa autuada e que a margem acrescida chega a ser mais de 500% sobre o preço do custo dos produtos. Explica que utilizou como base de cálculo para o recolhimento do ICMS devido, a tabela do MVA (anexo I, RICMS BA), em face das operações com produtos hospitalares destinados aos órgãos públicos.

Constato que na lavratura do presente Auto de Infração foram observadas as regras do art. 39, RPAF BA (Decreto 7.629/99), não havendo justa causa por desamparo a quaisquer dos princípios que regem os atos administrativos; As provas e os demonstrativos dos valores que sustentam a exigência concretizam a motivação da autuação, sendo entregues ao contribuinte autuada, os relatórios e cálculos necessários para o exercício do contraditório, da ampla defesa, tendo o mesmo apresentado suas razões com os elementos de prova de que dispunha e na forma que melhor lhe aprouve. Demais alegações serão apreciadas no mérito da questão.

Na infração imposta ao sujeito passivo, a acusação é de recolhimento a menos do ICMS-ST, na qualidade de responsável pela substituição tributária, incidente nas aquisições interestaduais de medicamentos relacionados no item 13, do artigo 353 do RICMS, em razão de ter aplicado, no cálculo do ICMS-ST, as margens de valor acrescido - MVA previsto na legislação do imposto (RICMS BA), aduzindo que os preços levantados não encontram conexão com a realidade do mercado já que os produtos na sua grande maioria foram vendidos através de licitações e para órgãos públicos.

O Auditor Fiscal elaborou planilhas e as acostou aos autos, às fls. 09/172 (exercícios 2008/2011) circunstanciando o cálculo da diferença de ICMS-ST, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, discriminando o nº de cada nota fiscal e a data da sua emissão, descrevendo os medicamentos adquiridos, o laboratório, a unidade de origem dos produtos, quantidade, preço máximo ao consumidor (PMC), base de cálculo, valor de cada item, redução (10%), valor ICMS-ST, valor crédito fiscal, valor recolhido e o valor do ICMS-ST a recolher por produto e por operação.

Entendo que os argumentos defensivos não podem ser acolhidos, uma vez que, examinando o procedimento adotado pelo autuante, conforme as planilhas constantes dos autos, verifico que a fiscalização utilizou a fórmula prevista no caput da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, adotando os preços dos produtos elencados em revista especializada, aplicando o redutor de 10% determinado em seu § 4º, portanto, o levantamento fiscal foi realizado de acordo com a legislação tributária atinente a matéria em questão, conforme os dispositivos citados e abaixo transcritos:

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

§ 1º - Inexistindo o valor de que trata o "caput", a base de cálculo será obtida tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou frete até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de (...):

...

§ 4º - A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento).

No mesmo sentido o inciso I do § 2º do art. 61 do RICMS/97, estabelece que:

Art. 61. ...

§ 2º Para efeitos de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos a seguir indicados, a determinação da base de cálculo será feita segundo os seguintes critérios:

I - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS nº 4/95, inclusive quanto à redução da base de cálculo para fins de substituição tributária, em 10%, não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7%."

Logo, não tem qualquer fundamento a alegação defensiva relativa a ilegalidade do procedimento fiscal, sob a arguição de que laborou de acordo com margem de valor agregada constante do RICMA BA. Conforme visto acima, a apuração da base de cálculo ocorreu em conformidade com as disposições contidas na Cláusula 2ª, §§ 1º e 4º do Conv. ICMS nº 76/94 e no inciso I do § 2º do art. 61 do RICMS/97.

Cabível ressaltar, que o artigo 61, XV, do RICMS-BA, dispensa a aplicação de preço sugerido pelo fabricante, nas operações de comercialização de medicamentos realizadas por contribuintes atacadistas que efetuem, com preponderância, vendas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, e desde que autorizados pelo titular da Superintendência de Administração Tributária, cabendo, nesse caso, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) prevista no Anexo 88. Observa a norma que, em relação às vendas não destinadas a hospitais, clínicas e órgãos públicos, deverá ser recolhida a diferença do imposto, adotando-se como base de cálculo para estas operações a prevista no inciso I do § 2º do mesmo art. 61, antes transcrita.

Devo sublinhar que a permissão para aplicação da MVA prevista no Anexo 88 sobre o valor da operação própria, supra aludida, ganhou redação nova a partir de 31.12.2009 por incursão do Decreto nº 11.913, de 30/12/09, modificando a redação anterior do inciso XV do caput do art. 61, vigente até 30.12.2009, que exigia que as vendas fossem efetuadas exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, prescindindo, no caso, da autorização da autoridade fazendária, agora exigida.

Dessa forma, o autuante não considerou o sujeito passivo como consumidor final, apenas calculou (corretamente) a base de cálculo do imposto devido nas operações subsequentes pelo regime de substituição tributária utilizando o preço sugerido pelo fabricante para consumidor final. Tal preço só não poderia ser adotado caso o sujeito passivo trouxesse aos autos comprovantes das operações comerciais com exclusividade para hospitais até 30.12.2009 e a partir então com preponderância, nas vendas para com hospitais, clínicas e órgãos Públicos, neste caso seria aplicada a MVA sobre o valor da operação nos termos do artigo 61, XV do RICMS-BA. O contribuinte não adotou tal providência.

Assim, não tendo o autuado acostado aos autos as provas necessárias para elidir a acusação fiscal nos termos do artigo 123 do RPAF, e não cabe a este órgão julgador buscar as provas cuja obrigação de apresentação pertence ao autuado. Deveria para fins de prova, trazer aos autos cópias de notas fiscais, acompanhadas dos livros fiscais próprios, comprovando a natureza das suas operações de vendas destinadas exclusivamente ao Estado da Bahia, não bastando apenas negar o cometimento da infração nos termos do artigo 143 do RPAF-BA.

Por outro lado, saliento que os argumentos de que se trata de empresa de pequeno porte não tem força de elidir a infração, considerando os textos legais acima citados, bem como a jurisprudência deste Conselho Administrativo. A infração resta caracterizada em R\$ 3.885.177,91.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 287 a 295, objetivando a revisão do julgamento. Em sua peça recursal, repisa todos os argumentos já apresentados em defesa, anexando novos documentos fiscais às fls. 296 a 2015.

Após breve resumo dos fatos e da Decisão guerreada, passa a discorrer sobre as razões do seu Recurso.

Faz colocações sobre a Constituição e o dever do administrador fiscal em cumprir a lei. Colaciona doutrina sobre a questão, para concluir que “*devido a não observância do princípio da verdade material levará faltamente a decretação da sua improcedência*”.

Fala da inexistência de sugestão de preços pelo autuado. Diz vir esclarecer e demonstrar a inexistência de “*sugestão, vínculo, liame, ou qualquer laço que possa inferir o surgimento de uma relação de publicidade dos preços de seus produtos*”. Propala que a 1ª JF decidiu que a base de cálculo para fins de retenção do ICMS deve ser o preço único ou máximo de venda sugerido pelo fabricante ou, na falta deste, o valor da mercadoria, acrescido da MVA prevista na legislação, nos termos §1º da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94.

Aventa que não é estabelecimento industrial e, por isso, não sugere preço de suas mercadorias e “*não pratica preços sugeridos pelos seus fornecedoras industriais porque não estar obrigada a assim proceder*”.

Diz que a publicação dos preços em “*Revistas Farmacêuticas*” não é decorrente de sugestão do autuado. Nesta senda, alega que “*em decorrência dos princípios da legalidade objetiva, da segurança jurídica e da verdade material dos fatos, o lançamento fiscal é improcedente*” consoante o previsto no art. 2º do RPAF, que transcreve.

Sustenta que afronta o princípio da segurança jurídica e da verdade material dos fatos “*a utilização de preços constantes de revistas farmacêuticas onde inexiste uma sugestão do Distribuidor*”.

Assevera que o princípio da verdade material não foi observado e que comprova, através de notas fiscais de saídas, livros fiscais e contratos com órgãos públicos, os quais que serão juntados posteriormente, que a quase totalidade dos destinatários dos medicamentos que fornece são órgãos públicos, ou seja, consumidores finais. Assim, entende que deve ser aplicada a base de cálculo do ICMS prevista no art. 61, XV do RICMS/BA, ou seja, a MVA e não a lista de preços.

Nesta toada, colaciona ementa do Acórdão JJF nº 0061/10, JJF nº 0972/01, JJF nº 1118/99.

Sintetiza sua argumentação afirmando que “*não há comprovação de que o autuado sugeriu seus preços para publicação na revista farmacêutica ABCFARMA*” e que o ônus da prova dos valores praticados cabe ao autuante.

Fala que a forma de apuração do imposto feita pelo fiscal é discrepante, acrescentando margem de 2000% sobre alguns medicamentos, sendo a média de 500%. Cita como exemplo a Nota Fiscal nº 1068 da Medquímica, com o medicamento AEROMED XPE FR 120 ML, 200 unidades, adquiridos a R\$1,10 a unidade e que a base utilizada pelo Auditor foi de R\$ 864,14 a unidade, com “uma variação de 80.000% que era um imposto a pagar somente neste item de mais de R\$26.000,00 (vinte e seis mil reais).

Assegura que, diante da falta de comprovação de que tenha publicado ou divulgado seus preços em revistas de medicamentos, deve ser apurado o imposto com base no inciso II do art. 23 da Lei nº 7.014/96.

Alude que neste sentido, é o Parecer da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, Processo nº 172778200012, que colaciona

“EMENTA: ICMS: Regime especial. Alteração do Regime Especial concedido através do Parecer GECOT nº 755/98. Imposto por antecipação Modificação da base de cálculo que era o preço máximo de venda a consumidor final para o preço de custo acrescido de MVA. Pelo deferimento

Ao final de seu arrazoado, clama pela improcedência do Auto de Infração.

Em termos, os autos foram remetidos a PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fl. 2014, a i. procuradora Maria Helena de Mendonça Cruz observa, diante dos documentos juntados em sede recursal, a necessidade de se converter o feito em diligência, para que se analisasse se “*as cópias das notas fiscais e dos livros fiscais colacionados em sede recursão as suficientes para confirmar as operações de vendas destinadas exclusivamente (até 30.12.2009) ou preponderantemente a hospitais, clínicas e órgãos públicos*”.

Em pauta de sessão suplementar, a 2ª CJF converteu o feito em diligência ao Fiscal Autuante nos termos propostos pela d. PGE/PROFIS.

Em resposta, foi elaborado Parecer de fls. 2026 e 2027 expondo as seguintes considerações:

Procedido o quanto solicitado, apresentamos em anexo em mídia eletrônica “DEMONSTRATIVO DAS VENDAS DESTINADOS A HOSPITAIS, CLÍNICAS E ÓRGÃO PÚBLICOS” e “DEMONSTRATIVOS DAS VENDAS DESTINADOS A NÃO HOSPITAIS, CLÍNICAS E ÓRGÃO PÚBLICOS”, a qual demonstra que para a vendas destinadas a outros contribuintes que NÃO seja hospital, clínicas e órgão público a 2009 um percentual de 19,93%; Para o exercício de 2009 um percentual de 65,40%; Para o exercício de 2010 um percentual de 70,97% e para o exercício de 2011 um percentual de 81,16%

Desta forma. Podemos constatar que não configura a suposta exclusividade (até 30/12/2009), bem como preponderância das vendas destinadas a hospitais, clínicas ou órgão público, para os exercício de 2010 e 2011.

Assim sendo, não podemos desqualificar o levantamento fiscal, estando portanto comprovado o ilícito fiscal qual seja, o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente as aquisições de mercadorias proveniente de outras Unidades da federação e ou do exterior, relacionadas nos anexo 88 e 89 do RICMS/97”

Ao final de sua manifestação, clama pela manutenção do Auto de Infração em sua totalidade.

Em manifestação sobre o resultado da diligência, o Recorrente.

Novamente alega equívoco do autuante em relação à verificação de existência de operações de vendas destinadas aos órgãos públicos “*razão pela qual juntará em momento oportuno planilha*

esclarecedora que atesta a veracidade dos fatos narrados na inicial”, pedindo novamente a improcedência da infração.

Após nova manifestação do autuante, houve a produção de novo Parecer da PGE/PROFIS.

Na manifestação de fls. 2043 a 2044, a i. procuradora Maria Helena de Mendonça Cruz, após breve histórico dos fatos e da tese recursal, assim se manifesta:

“Da análise do Recurso apresentado, bem como em face do resultado da diligência efetuada às fls; 2026/2027, verificamos que os documentos carreados aos autos não confirmam que as operações de vendas realizadas foram destinadas exclusivamente (até 30.12.2009) ou preponderantemente para hospitais e órgãos públicos.

Assim, os argumentos do recorrente não são suficientes para modificar Decisão recorrida, pelo que, opinamos pelo conhecimento e improvemento do Recurso voluntários interposto.”

VOTO VENCIDO

Temos sobre análise, Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pela suposta falta de recolhimento do ICMS antecipação, sobre medicamentos.

Em síntese, o Recorrente alega imprecisão nos preços praticados ou sugeridos na revista ABCFARMA, não podendo tais sugestões serem consideradas como base de cálculo do ICMS.

Pois bem. Em que pese a legislação posta e a prova dos autos, entendo que merece guarida a tese recursal com base no quanto já pacificado na Súmula nº 431 do STJ que diz: *“É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”*.

Creio que a utilização dos valores sugeridos pela ABCFARMA não é nada mais senão um regime de Pauta Fiscal, que não pode ser aceito nas condições ora postas, pois, não há como verificar a real ocorrência dos fatos geradores do ICMS, nos valores “sugeridos”.

Neste mesmo sentido, trago à colação, voto vencido do i. conselheiro José Antonio Marques Ribeiro, no Acórdão CJF Nº 0150-12/12, ao qual me filio, *in verbis*:

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª JF deste CONSEF, acórdão 0066-01/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento nas acusações fiscais de haver o contribuinte efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados, relacionadas nos Anexos 88 e 89; e deixado de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Ainda que, especificamente, não tenha sido suscitada qualquer preliminar, vejo, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Por outra banda, constato que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, bem como não se verifica qualquer incorreção na determinação da base de cálculo do imposto que se exige.

No mérito, quanto à infração 1, que resumidamente discute a forma através da qual deveria ser determinada a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que não pode o contribuinte querer que seja aplicada a MVA para determinação da base de cálculo do tributo, pois como as operações ocorreram entre Estados não signatários do Protocolo 50/2005, a base de cálculo prevista para a infração em comento tem disposição no artigo 506-C, §2º do RICMS/BA c/c artigo 61, I, do mesmo diploma legal.

De fato, à luz da legislação tributária do Estado da Bahia, a Junta de Julgamento Fiscal tem razão quando diz que o tratamento dado às operações entre Estados não signatários do protocolo 50/2005 implica na exigência do imposto da forma como foi lavrado o Auto de Infração em apreço, ou seja, com base na “pauta fiscal”.

Em que pese ter sido aplicada a legislação do Estado da Bahia, peço vênia para discordar da forma através da qual se estabeleceu a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, e explico: Pois bem, o fato é que a

“pauta fiscal” de valores é a forma através da qual se atribui, por arbitramento, valor fictício à base de cálculo do ICMS. Neste ponto é que, mesmo que a legislação baiana tenha previsão, a jurisprudência do STJ já se coloca frontalmente contra tal dispositivo, haja vista que aquele Superior Tribunal editou a Súmula de nº 431, cujo enunciado, de linguagem extremamente simples e contundente, diz:

Súmula 431 - É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Derredor do que enuncia a dita Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, vejo que a intenção se mostra absolutamente clara, e visa privilegiar o real valor das operações que se sujeitam ao ICMS, de maneira a que tais valores não sejam substituídos por outros cuja origem seja questionável ou até mesmo desatualizada, a ponto de impor prejuízos ao contribuinte de maneira geral, o que implicaria em enriquecimento sem causa por parte do Estado. Por outro lado, a rigor dos dispositivos legais que fundamentam a autuação, outros meios de definição da base de cálculo do imposto poderiam ter sido utilizados.

Isto posto, entendendo que a “Pauta Fiscal” como elemento a definir a base de cálculo do imposto a ser exigido do recorrente é imprestável e inaplicável por força do que enuncia a Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, concluo que a infração 1 não pode subsistir, eis que como constituída é nula.

(...)

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, e de ofício, decreto NULA a infração 1 e mantenho incólume a infração 2.

Em tempo, a rigor do art. 21 do RPAF/99, recomendo, verificadas as possibilidades, a renovação da fiscalização livres das falhas aqui apontadas.

Pelo todo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

VOTO VENCEDOR

Pedindo a máxima vênia, discordo do teor do voto do ilustre Conselheiro Relator.

Assinalo, por oportuno, que o uso da pauta fiscal, embora seja tema discutido nos tribunais da esfera judicial, está previsto na legislação tributária em nível nacional e no âmbito de competência deste Estado.

Observo que o Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, em seu artigo 125, III, exclui da competência deste órgão Julgador a negativa de aplicação de legislação em vigor.

Ademais, destaco que na autuação em foco não se trata de uso de pauta fiscal, e sim de outra situação, conforme consta inclusive no voto que lastreia a Decisão de piso, consubstanciada no Acórdão JF nº 0280-01/13, que transcrevo parcialmente a seguir e com o qual coaduno-me integralmente:

“Na infração imposta ao sujeito passivo, a acusação é de recolhimento a menos do ICMS-ST, na qualidade de responsável pela substituição tributária, incidente nas aquisições interestaduais de medicamentos relacionados no item 13, do artigo 353 do RICMS, em razão de ter aplicado, no cálculo do ICMS-ST, as margens de valor acrescido - MVA previsto na legislação do imposto (RICMS BA), (...).

O Auditor Fiscal elaborou planilhas e as acostou aos autos, às fls. 09/172 (exercícios 2008/2011) circunstanciando o cálculo da diferença de ICMS-ST, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, discriminando o nº de cada nota fiscal e a data da sua emissão, descrevendo os medicamentos adquiridos, o laboratório, a unidade de origem dos produtos, quantidade, preço máximo ao consumidor (PMC), base de cálculo, valor de cada item, redução (10%), valor ICMS-ST, valor crédito fiscal, valor recolhido e o valor do ICMS-ST a recolher por produto e por operação.

(...)

Entendo que os argumentos defensivos não podem ser acolhidos, uma vez que, examinando o procedimento adotado pelo autuante, conforme as planilhas constantes dos autos, verifico que a fiscalização utilizou a fórmula prevista no caput da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, adotando os preços dos produtos elencados em revista especializada, aplicando o redutor de 10% determinado em seu § 4º, portanto, o levantamento fiscal foi realizado de acordo com a legislação tributária atinente a matéria em questão, conforme os dispositivos citados e abaixo transcritos:

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

na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

§ 1º - Inexistindo o valor de que trata o "caput", a base de cálculo será obtida tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou frete até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de (...):

...

§ 4º - A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento).

No mesmo sentido o inciso I do § 2º do art. 61 do RICMS/97, estabelece que:

Art. 61. ...

§ 2º Para efeitos de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos a seguir indicados, a determinação da base de cálculo será feita segundo os seguintes critérios:

I - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94 e suas alterações posteriores, especialmente a introduzida pelo Convênio ICMS nº 4/95, inclusive quanto à redução da base de cálculo para fins de substituição tributária, em 10%, não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7%."

Logo, não tem qualquer fundamento a alegação defensiva relativa a ilegalidade do procedimento fiscal, sob a arguição de que laborou de acordo com margem de valor agregada constante do RICMA BA. Conforme visto acima, a apuração da base de cálculo ocorreu em conformidade com as disposições contidas na Cláusula 2ª, §§ 1º e 4º do Conv. ICMS nº 76/94 e no inciso I do § 2º do art. 61 do RICMS/97.

(...)

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Voto pela manutenção da Decisão recorrida quanto à procedência integral da autuação, não devendo ser provido o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206880.0112/12-1**, lavrado contra **HOSPIFARMA COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES E FARMACÊUTICOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.885.177,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Rosany Nunes de Mello Nascimento, Rodrigo Lauande Pimentel e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS