

**PROCESSO** - A. I. Nº 089008.0301/16-5  
**RECORRENTE** - IRMÃOS MATTAR E CIA. LTDA. (DROGARIA E FARMÁCIA INDIANA)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0250-03/16  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 20/06/2017

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJE Nº 0193-12/17

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOR. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS POR CONTRIBUINTE NA CONDIÇÃO DE FARMÁCIA. A base de cálculo do ICMS-ST – quando de responsabilidade do adquirente – deve ser calculada levando-se em consideração a tabela de preços máximos de venda a consumidor final (PMC) estabelecida pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA) que leva em consideração os valores usuais praticados no mercado. Rejeitada a arguição de nulidade. Não acolhido pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 21/03/16, julgado Procedente, que exige ICMS no montante de R\$206.601,19, acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menos do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente a aquisição de mercadorias nos meses de março a dezembro de 2013 (infração 07.06.08).

Na Decisão proferida (fls. 229/235), a 3ª JF fundamentou sua decisão com o seguinte voto:

### “VOTO

*Preliminarmente, na análise de todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/12, com o RPAF-BA/99 e com a Lei 7.014/96, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos no demonstrativo contido no CD fl. 26, constante nos autos, necessário à demonstração dos fatos argüidos, entregue cópia a preposto do contribuinte autuado fl.28, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório, portanto a lide está apta ao seu deslinde.*

*O defendente disse que o lançamento tributário não identificou qual a infração supostamente cometida pela Impugnante, dificultando o exercício do seu direito de defesa, afirmando que não houve a indicação da causa encontrada pelo Fisco para apuração dos valores autuados.*

*Da análise de sua peça defensiva, constato que o próprio autuado se contradiz a respeito desta alegação, pois na sua impugnação encontra-se expresso: “o suposto recolhimento a menor seria decorrente da utilização da Margem de Valor Adicionado (MVA) na apuração da base tributável quando, segundo o Fisco, deveria ter sido empregado o Preço Máximo ao Consumidor (PMC), constante da tabela veiculada pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA)... Acrescentou: “... os valores de ICMS-ST apurados pela Fiscalização foram confrontados com os valores recolhidos pela Impugnante durante o período de 31/03/2013 a 31/12/2013, resultando na exigência de ICMS-ST complementar e da multa”.*

*Observe, portanto, pelos termos de sua defesa, que o autuado, não só entendeu perfeitamente a acusação fiscal, como exerceu livremente o contraditório e a ampla defesa que lhe é assegurada constitucionalmente. Assim sendo, rejeito a preliminar de nulidade arguida.*

*O Auto de Infração registra a acusação fiscal de que o contribuinte, na condição de farmácia, efetuou recolhimento a menos de ICMS substituto por antecipação, referente à aquisição de mercadorias, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, uma vez que utilizou a Margem de Valor Adicionado (MVA)*

na apuração da base tributável, quando deveria ter sido empregado o Preço Máximo ao Consumidor (PMC), constante da tabela veiculada pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA).

Constatamos que a controvérsia no presente PAF decorre do entendimento do impugnante, contrário ao da fiscalização, pela utilização da MVA em vez do PMC. O autuado afirma que não é cabível a utilização como base de cálculo do ICMS-ST de valores sugeridos ao público pelos estabelecimentos industriais e que se encontram nas Tabelas da ABCFARMA publicadas pela CMED, porquanto, ao assim atuar, a fiscalização está praticando pauta fiscal, o que, segundo sustenta, é vedado pelos Tribunais Pátrios. Com o objetivo de lastrear o entendimento que manifesta o autuado reproduz algumas ementas de Decisões do STJ e STF.

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

Lei nº 7.014/96

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

.....

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

RICMS BA/2012:

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

.....

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

.....

III - medicamentos;

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

Anexo 1 do RICMS/12:

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

Convênio ICMS nº 76/94:

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

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

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

Observo que esta alegação não procede. Entendo correto o procedimento do autuante que tem como base na determinação do crédito tributário, o inciso VIII do art. 268 do RICMS/12 c/c a cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 abaixo reproduzidas e as Resoluções expedidas pela CMED, mais especificamente as de nº 02/2012 e 02/2013, que trazem a forma de obtenção do PMC, onde se constata que no cálculo já são considerados os índices das listas positiva, negativa e neutra, bem como a incidência das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS. Assim, quando se utiliza o PMC, a única redução da base de cálculo a ser aplicada, conforme

*procedeu acertadamente o autuante na determinação do crédito tributário, é a prevista nos citados dispositivos abaixo reproduzidos:*

*RICMS BA/2012:*

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

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

*Convênio ICMS 76/94*

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

*É importante destacar que as decisões dos tribunais e órgão julgadores administrativos trazidos pelo impugnante não vinculam os atos administrativos ou obstam a aplicação da Legislação Tributária Estadual, cabendo registrar que este Órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.*

*Quanto à alegação defensiva de que a penalidade aplicada, no percentual de 60% do valor do imposto, afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco, ressalto que não há ilegalidade na multa incidente sobre o imposto devido. O inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante para a infração em comento, a multa prevista no inciso II, “d” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60% em ajustada cominação com o descumprimento da obrigação tributária descrita no presente Auto de Infração.*

*Quanto ao pleito da sua redução, só cabe competência a esse Órgão Julgador, redução de multa por descumprimento de obrigação acessória, na forma do art. 158 do RFAF/BA.*

*Ante ao exposto, de acordo com os argumentos expendidos acima e considerando a ausência de elementos de provas hábeis capazes de elidir ou modificar a acusação fiscal, a autuação é totalmente subsistente.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

No Recurso Voluntário interposto (fls.92/132) o Recorrente inicialmente ressalta a tempestividade do Recurso, discorre sobre as infrações e a Decisão da 3ª JF e em seguida passa a discorrer sobre a autuação.

Destaca que a Recorrente, cujo desempenho diz respeito ao “*Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas*”. E que, segundo a Fiscalização, teria deixado de recolher a integralidade do ICMS/ST quando da aquisição de produtos farmacêuticos, sob o fundamento de que não foram utilizados os Preços Máximos de Venda ao Consumidor sugeridos pela ABCFARMA, nos termos do artigo 8º da Lei nº 7.014/9 c/c o art. 294 do RICMS/BA.

Aduz ainda que, além do imposto supostamente não recolhido, a Fiscalização busca obter o pagamento da multa de 60% (sessenta por cento) dos ventilados créditos tributários, prevista no art. 42, II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Salienta que: “*a decisão do lançamento, embora tenha sustentado que não foi utilizado o sistema de pauta fiscal para lançamento dos alegados créditos, pontifica tratar-se a hipótese concreta de constituição de crédito tributário de ICMS/ST. A decisão admite que a d. Fiscalização tomou por base do lançamento a Tabela de Preços Máximos de Venda editada pela entidade privada ABCFARMA, que corresponde à adoção de pauta fiscal para constituição de crédito tributário. Confirma-se nesse sentido a cominação da infração e o entendimento da d. Fiscalização:*”

Em seguida transcreve parte do voto da decisão recorrida.

Destaca que quanto às multas aplicadas, o acórdão em lide julgou que não mereciam ser canceladas, tendo em vista dispositivos previstos no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

E conclui:

*“Portanto, de forma geral, o AI/PTA possui por pressuposto o pretenso recolhimento a menor o ICMS/ST mediante a apuração do tributo em desconformidade aos PMC’s (Preços Máximos de Venda a Consumidor) adotados pela Administração Fazendária Baiana – Tabela da ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio*

*Farmacêutico).*

*(...)*

*Anuncie-se já de início que tais exigências não se sustentam à luz do princípio da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, e das limitações legais e constitucionais ao poder de tributar, tratando-se de procedimento fiscal historicamente censurado pela Jurisprudência Pátria e que, inclusive, depõe contra expressa disposição de súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça.”*

Em seguida destaca que a autuação não pode prevalecer, haja vista sua flagrante ilegalidade, por não haver nos autos menção precisa à infração supostamente cometida, de modo que não há como ter certeza acerca da ocorrência do fato gerador do ICMS/ST e da forma de apuração do suposto crédito.

Inicialmente, cumpre destacar que antes mesmo de qualquer análise mais aprofundada do auto de infração e da decisão recorrida, constata-se que o trabalho desenvolvido pela Fiscalização no bojo do AI/PTA, não pode prevalecer, haja vista sua flagrante ilegalidade.

E assim se afirma porque compulsando o AI/PTA, não há menção precisa à infração tributária supostamente cometida, de modo que, efetivamente, não há como ter certeza acerca da ocorrência do fato gerador ICMS/ST, e, ainda, da forma de apuração do suposto crédito.

Com efeito, ao assim agir, o Estado-réu ignorou suas próprias normas, no caso, o artigo 18, IV, “a”, do Decreto nº 7.629/1999. Confira-se:

*“Art. 18. São nulos:*

*IV - o lançamento de ofício:*

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;.”*

Neste prisma, o auto de infração apresenta-se eivado de vício de nulidade insanável, na medida em que não foi identificada a natureza da infração fiscal, nem tampouco, os critérios quantitativos utilizados pelo Fisco para apuração do suposto ICMS-ST recolhido a menor, razão de ser do provimento do recurso e reforma da decisão lançadora.

Com efeito, levado a registro o auto de infração nos moldes retratados, padece de nulidade por inviabilizar até mesmo o direito de impugnação ou de defesa específica da Recorrente diante da genérica imputação fiscal, tudo isto na contramão do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, capitulado nos arts. 5º, incisos LIV e LV da CF/1988.

Por óbvio, sem a indicação da causa encontrada pela Fiscalização para apuração dos valores autuados, a Recorrente não pode se defender, haja vista as suposições acerca do motivo que a suposta irregularidade teria sido encontrada. A corroborar esta entendimento, confira-se excerto de julgado proferido pelo próprio Conselho de Fazenda do Estado da Bahia:

**“ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS.** O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora, agir nos estritos termos da legislação. **São nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.** Auto de Infração NULO. Decisão unânime.” (A. I. Nº - 028924.0015/08-2, AUTUADO - MC DE ANDRADE APARELHOS DOMÉSTICOS; AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA, ORIGEM - INFAZ VAREJO INTERNET - 26.09.08 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO JJF Nº 0172-05/08)

Deste modo, o recurso merece ser provido, para que ao revés seja reformado o acórdão recorrido, na medida em que o AI/PTA se apresenta nulo de pleno direito. Na hipótese, compulsando a autuação fiscal, ao contrário do que considerou o acórdão recorrido, não há indicação da específica infração fiscal que teria a Recorrente cometido para os fins da autuação e da determinação de recolhimento do ICMS/ST, o que se sem sobra de dúvidas afronta o devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, capitulados pelo art. 5º, LIV e LV da CF/1988.

Entretanto, se remotamente for superada a prejudicial de nulidade do AI/PTA por violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, não devem subsistir as cobranças, nos termos dos demais fundamentos de fato e direito que desfiguram por completo os lançamentos tributários mantidos sem razão pelo acórdão recorrido.

Neste prisma, a ora Recorrente passa à exposição das demais razões de fato e de direito que defiguram por completo o acórdão recorrido. Senão vejamos:

Passa a apresentar suas razões recursais quanto ao mérito:

Aduz que, o auto de infração em lide, possui como “pano de fundo” a apuração do ICMS/ST com base na adoção dos PMC’s – Preços Máximos de Venda ao Consumidor encontrados na Tabela da ABCFARMA. E Salienta que, assim, a autuação incorreu em equívoco, especificamente quanto à apuração da base de cálculo, tendo em vista o art. 8º, § 2º e 3º, da LC 87/96, que transcreve:

“Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.(...)

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por ÓRGÃO PÚBLICO competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo FABRICANTE ou IMPORTADOR, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.” (Grifos nossos)”

Aponta que a autuação adotou critério diverso da Lei para apuração do imposto, violando o Princípio da Tipicidade Tributária, ao exigir sua cobrança com base de cálculo não prevista em Lei.

Eis que, conclui *in verbis*:

“No caso por simples consulta aos relatórios fiscais do AI/PTA, verifica-se que a apuração dos alegados créditos possuem com fundamento, não os preços finais a consumidor fixados por órgão público competente, nem tampouco, os preços informados pelo, estabelecimento fabricante/importador, e sim, a Tabela de PMC’s (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editada pela ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico). Diga-se de passagem trata-se de ASSOCIAÇÃO PRIVADA DE COMERCIANTES, entidade sem a competência para tais fins.

(...)

E assim se afirma porque os parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC n.º 87/96 são taxativos ao disporem que a base de cálculo do ICMS/ST possui como suporte a tabela fixada pelo ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE ou o preço sugerido pelo FABRICANTE (estabelecimento industrial) ou, ainda, pelo IMPORTADOR, e não pela ASSOCIAÇÃO PRIVADA DE COMERCIANTES, cognominada ABCFARMA, cadastrada no CNPJ sob o n.º 53.375.317/0001-79.

É o que se deflui da leitura conjugada do Cartão CNPJ (DOC. 03) e do parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC n.º 87/96, cujo resgate é curial ao caso, para se ter em mente a ilegalidade dos lançamentos contidos no AI/PTA, a “contrariu sensu” das normas de regência:”



REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA

NÚMERO DE INSCRIÇÃO 53.375.317/0001-79 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 28/03/1984
NOME EMPRESARIAL ASSOCIACAO BRASILEIRA DO COMERCIO FARMACEUTICO		
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) ABCFARMA		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 94.30-8-00 - Atividades de associações de defesa de direitos sociais		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS 94.93-6-00 - Atividades de organizações associativas ligadas à cultura e à arte 94.99-5-00 - Atividades associativas não especificadas anteriormente 58.13-1-00 - Edição de revistas		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 399-9 - ASSOCIACAO PRIVADA		



Figura 01 - DOC. 03 - Cartão CNPJ ABCFARMA - Associação de direito privado

(...)

*“Destaque-se que a própria legislação baiana, **Lei Ordinária Estadual n.º 7.014/96**, em seu **art. 23, II, § 3º** estabelece que para fins de ICMS/ST a base de cálculo do tributo será o **preço final a consumidor** fixado ou sugerido pelo **FABRICANTE** ou **IMPORTADOR**, desautorizando-se até mesmo a utilização de tabelas fixadas por **ÓRGÃO PÚBLICO**, como previsto nos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LC n.º 87/96. Veja-se:*

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

*(...)*

*II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*

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

Aduz ainda que:

*“Partindo-se então do próprio entendimento do relatório fiscal, ainda na seara administrativa para cancelamento do AI/PTA e de todas as relações jurídico- tributárias nele contidas, as autuações serviram-se de VALORES SUGERIDOS PELA ABCFARMA procedimento que NÃO É NADA MAIS SENÃO UM REGIME DE PAUTA FISCAL, QUE NÃO PODE SER ACEITO.”*

Em apoio a sua tese aponta o Voto Discordante proferido no julgamento do Recurso Voluntário do Auto de Infração nº 269369.0934, que asseverou tratar-se de regime de pauta fiscal a utilização dos preços sugeridos pela ABCFARMA, para determinação dos fatos geradores do ICMS.

Cita e transcreve Jurisprudência, legislação e doutrina sobre essa questão.

Salienta ainda que: *Assim, com base na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que permite ao contribuinte substituído requerer o ressarcimento dos valores pagos a maior no regime de substituição tributária, em razão de terem as vendas sido realizadas com valor inferior à base de cálculo presumida, a autuação aqui combatida não merece prosperar, devendo ser reformada a r. decisão de 1ª instância, para que seja cancelado o auto de infração.*

Por fim, destaca que, além das mencionadas e supostas infrações, aplicou-se à Recorrente as multas previstas no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, que majoraram as obrigações tributárias em 60% (sessenta por cento). As quais desafiam os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Aduz que, tais imposições pecuniárias revelam caráter confiscatório, em manifesta afronta ao que dispõe o art. 150, inc. IV, da CR/88, assim como já manifestaram as Cortes Superiores de Justiça.

Transcreve Jurisprudência sobre a matéria, destacando o Acórdão no Agravo de Instrumento n.º 0005166-42.2016.8.05.0000, relatado perante a Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

E, por fim, conclui requerendo:

*(in verbis)*

*Ex positis, por tudo quanto alegado e demonstrado, espera e requer a Recorrente de Vs. Sas. o recebimento do presente recurso por ser cabível e tempestivo, nos termos legais, para:*

- 1) determinar, até o julgamento definitivo do presente, a suspensão da exigibilidade das obrigações contidas no AI/PTA, relativamente aos pretensos créditos de ICMS/ST e multas, nos termos do art. 151, III, do CTN, à luz das decisões proferidas pelo STJ e da Súmula n.º 431 da mencionada Corte;*
- 2) que no mérito, seja provido o presente recurso para reforma da decisão recorrida e o imediato cancelamento dos lançamentos consubstanciados no AI/PTA e de todas as exigências nele contidas, bem como a inexistência das relações jurídicas relativamente às alegadas exigências de ICMS, decretando definitivamente o cancelamento da autuação.*
- 3) quando menos, se remotamente não for declarada a nulidade integral dos lançamentos, seja provido o recurso como exposto no tópico 4.1 e 4.2, par que se proceda à redução da base de cálculo utilizada, com a aplicação dos redutores previstos na cláusula primeira do CONVÊNIO ICMS N.º 34/06;*
- 4) em qualquer das hipóteses, seja provido o recurso com o acolhimento do pleito de cancelamento das penalidades impostas, para invalidação dos gravames ou quando menos a redução das multas, em*

*atendimento aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e do não confisco.*

## VOTO VENCIDO

No Recurso Voluntário interposto, observo que o recorrente argumenta quanto aos aspectos formais da autuação que indicaria nulidade insanável, na medida que não foi identificada a natureza da infração fiscal que lhe foi atribuída, o que teria inviabilizado até mesmo a sua impugnação ao Auto de Infração, acarretando-lhe cerceamento de defesa, na contramão do devido processo legal, do contraditório e do direito à ampla defesa.

Preliminarmente, quanto à essa questão arguida pelo Recorrente, não vejo nos Autos nada que justifique essa assertiva, destacando que essa “nulidade” foi também apontada em sede de impugnação e devidamente enfrentada pela decisão de piso, que destacou a existência de todos os pressupostos materiais e essenciais para a lavratura do Auto de Infração em lide, vez que obedecido o disposto no art. 39 do RPAF/99.

Ademais o Contribuinte, tanto na sua Defesa quanto no presente Recurso Voluntário, pode apresentar suas razões defensivas de maneira precisa e minuciosa, revelando total conhecimento da infração que lhe foi imputada.

Portanto, a vista do exposto, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo Recorrente.

Quanto ao mérito verifico que, a questão fulcral do lançamento em comento, recai sobre a metodologia que deveria ser adotada pelo Contribuinte para determinar os preços dos produtos vendidos para efeito de base de cálculo na antecipação tributária devida.

Pois bem, em que pese a legislação posta e a prova dos autos, entendo que merece ser aplicada a tese, 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”.

Entendo 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” pela referida Associação.

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:

*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 JFJ 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, vejo no presente recurso motivo para modificar a decisão ora recorrida, por considerar o Auto de Infração em lide IMPROCEDENTE.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, por julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em lide.

#### **VOTO VENCEDOR**

De acordo com os documentos que compõem o Auto de Infração observo que a fiscalização utilizou para o cálculo da antecipação tributária das aquisições na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, o preço máximo de venda sugerido pela tabela ABCFARMA.

A controvérsia restringe-se à metodologia a ser utilizada uma vez que no entender do autuado deve ser utilizado o valor da operação. Argumenta em síntese ser ilegal a base de cálculo utilizada para apuração do imposto exigido, formada a partir dos Preços Máximos de Venda ao Consumidor (PMC), divulgados pela Revista ABCFARMA, utilizando assim uma pauta fiscal para a fixação da base de cálculo do ICMS/ST, o que é vedado pelos Tribunais Pátrios.

Discordo deste entendimento pois a exigência fiscal, diferentemente do quanto arguido pelo autuado, não procedeu ao lançamento tomando como base o valor de pauta fiscal e, sim, aquele previsto pela legislação tributária em vigor, e está em consonância com o previsto pela Lei Complementar nº 87/96, Art. 8º, § 3º; Lei nº 7.014/96, Arts. 8º e 23, § 3º do RICMS/BA-2012, Art. 289, § 10º, além da norma constante no Anexo 1 do mencionado regulamento, em seu item 32.

Dito isto, verifico que a questão aqui debatida, este órgão julgador administrativo vem enfrentando questões absolutamente idênticas à presente, em relação ao mesmo autuado, conforme se verifica através do Acórdão nº 127-12/17, proferido por esta Câmara de Julgamento, onde por maioria, manteve a decisão da 1ª Instância que julgou procedente o auto de Infração, razão pela qual, peço vênia para reproduzir abaixo o voto vencedor da lavra da Ilustre Conselheira Denise Mara Andrade, cujo conteúdo e fundamento ali esposado tomo como base para este voto ora proferido:

*“No mérito, o recorrente argumentou que os valores constantes da Tabela ABCFARMA, a título de Preços Máximos de Venda a Consumidor, são mais elevados que o valor das operações por ele realizadas e, assim, com base na Decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 593.849, possui o direito à restituição dos valores pagos a maior no regime da substituição tributária.*

*Efetivamente, o STF decidiu, sob a sistemática da Repercussão Geral, que os contribuintes possuem o direito à restituição do valor de imposto pago a mais, na hipótese de o preço real de venda ser inferior àquele utilizado para calcular o ICMS devido por substituição tributária, entretanto, o acórdão não foi publicado e, portanto, ainda não há uma diretriz a ser seguida em tais situações.*



*O contribuinte também alegou que as normas do Convênio ICMS 76/94 relativas aos preços também foram desconsideradas, “na medida em que estabelecem como base de cálculo do ICMS/ST os preços máximos de venda a consumidor fixados por órgão público” e, “no caso baiano, por estabelecimento fabricante ou importador, e não as INDIGITADAS PAUTAS FISCAIS erigidas pela ABCFARMA”.*

*Como já dito anteriormente neste voto, os preços máximos de venda ao consumidor são fixados por órgão público competente, com base em valores sugeridos pelos fabricantes e importadores de medicamentos, não se configurando, dessa forma, o uso de pauta fiscal por parte da autoridade lançadora, nem muito menos preços fixados pela ABCFARMA.*

*Vale ressaltar, contrariando o que foi alegado no apelo recursal, que a Margem de Valor Agregado (MVA) foi utilizada pelo autuante sempre que não foi encontrado Preço Máximo de Venda ao Consumidor para determinado medicamento, utilizando-se dos percentuais relacionados no item 32 do Anexo 1 do RICMS/12, nas aquisições de unidade federativa não signatária de acordo interestadual, a depender do tipo de mercadoria, da carga tributária do Estado de origem, e de o produto se encontrar catalogado na Lista Positiva, Negativa ou Neutra.*

*Após o cálculo do valor tributável, foi apurado o ICMS devido por substituição tributária e, em seguida, deduziu-se o percentual de 10% previsto no §5º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e no inciso VIII do artigo 268 do RICMS/12, a seguir reproduzidos:*

*Convênio ICMS 76/94:*

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

*(...)*

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

*Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12:*

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

*(...)*

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

*Por fim, o autuado alegou que a fiscalização “descurou-se de observar o que diz o CONVÊNIO ICMS N.º 34/06”, no que tange à “redução da base de cálculo dos itens do setor farmacêutico em 9,04% (nove vírgula zero quatro por cento), 9,34% (nove vírgula trinta e quatro por cento) e 9,90% (nove vírgula noventa por cento) em operações interestaduais relativamente às mercadorias miradas pelo art. 1º da Lei n.º 10.147/00”.*

*Já o autuante argumentou que, quando utilizado o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) para obtenção da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, a redução prevista no Convênio ICMS 34/06 não deve ser aplicada, porque no cálculo do PMC essa redução já foi devidamente considerada.*

*Observe que o Convênio ICMS 34/06 estabelece, em sua Cláusula primeira, que, nas operações interestaduais com os produtos farmacêuticos e de perfumaria e higiene pessoal, relacionados nas alíneas “a” e “b” do inciso I do artigo 1º da Lei nº 10.147/00, a base de cálculo será deduzida nos percentuais ali listados (a depender da alíquota de origem), desde que tenha havido a cobrança englobada do PIS/PASEP e COFINS na respectiva operação.*

*A Cláusula segunda do mencionado Convênio, por sua vez, autoriza as unidades federadas a adotar, nas operações internas, os percentuais previstos de dedução “com o fim de excluir da base de cálculo do ICMS devido pelo remetente dos produtos o valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS”. Vejamos a redação dos dispositivos:*

*Cláusula primeira Nas operações interestaduais com os produtos indicados no “caput” do art. 1º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, destinados à contribuintes, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente na respectiva operação.*

*§ 1º A dedução corresponderá ao valor obtido pela aplicação de um dos percentuais a seguir indicados, sobre a base de cálculo de origem, em função da alíquota interestadual referente à operação:*

*I - com produto farmacêutico relacionado na alínea “a” do inciso I do “caput” do art. 1º da Lei 10.147/00, com alíquota:*

*a) de 7% - 9,34%;*

- b) de 12% - 9,90%;
- c) de 4% - 9,04%

*II - com produto de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal relacionado na alínea "b" do inciso I do "caput" do art. 1º da Lei 10.147/00, com alíquota:*

- a) de 7% - 9,90%;
  - b) de 12% - 10,49%.
  - c) de 4% - 9,59%
- (...)

*Cláusula segunda As unidades federadas poderão, nas operações internas, adotar a dedução de que trata este convênio, estabelecendo, de acordo com a alíquota interna aplicável, o percentual de dedução correspondente, com o fim de excluir da base de cálculo do ICMS devido pelo remetente dos produtos o valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS.*

*O RICMS/12, em seu artigo 266, inciso VII, c/c o §1º, também prevê tal dedução de base de cálculo, nas operações interestaduais com medicamentos e produtos de perfumaria e de higiene pessoal, da seguinte maneira:*

*Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:*

(...)

*VII - nas operações interestaduais com os produtos relacionados a seguir, destinados a contribuintes situados em outras unidades da federação, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS referente às operações subsequentes cobradas englobadamente na respectiva operação (Conv. ICMS 34/06), observado o disposto nos §§ 1º ao 3º deste artigo:*

*a) medicamentos - 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00; (Redação originária, efeitos até 16/06/15)*

*b) de toucador ou de higiene pessoal, classificados nas posições 33.03 a 33.07 e nos códigos 3401.11.90, 3401.20.10 e 96.03.21.00; (Redação originária, efeitos até 16/06/15)*

(...)

*§ 1º A dedução a que se refere o inciso VII corresponderá ao valor obtido pela aplicação de um dos percentuais a seguir indicados, sobre a base de cálculo de origem, em função da alíquota interestadual referente à operação:*

*I - com produto farmacêutico relacionado na alínea "a", com alíquota de:*

- a) 12 % (doze por cento) - 9,90% (nove inteiros e noventa centésimos por cento);
- b) 4 % (quatro por cento) - 9,04% (nove inteiros e quatro centésimos por cento);

*II - com produto de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal relacionado na alínea "b", com alíquota de:*

- a) 12 % (doze por cento) - 10,49% (dez inteiros e quarenta e nove centésimos por cento);
- b) 4% (quatro por cento) - 9,59% (nove inteiros e cinquenta e nove centésimos por cento);

*A Lei nº 10.147/00, que dispõe sobre a incidência do PIS/PASEP e da COFINS nas operações de venda de diversos produtos, determina, em seu artigo 1º, o seguinte:*

*Art. 1º A Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS devidas pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou à importação dos produtos classificados nas posições 30.01; 30.03, exceto no código 3003.90.56; 30.04, exceto no código 3004.90.46; e 33.03.00 a 33.07, exceto na posição 33.06; nos itens 3002.10.1; 3002.10.2; 3002.10.3; 3002.20.1; 3002.20.2; 3006.30.1 e 3006.30.2; e nos códigos 3002.90.20; 3002.90.92; 3002.90.99; 3005.10.10; 3006.60.00; 3401.11.90, exceto 3401.11.90 Ex 01; 3401.20.10; e 9603.21.00; todos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas: (Redação dada pela Lei nº 12.839, de 2013)*

*I – incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de:*

- a) produtos farmacêuticos classificados nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00: 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento) e 9,9% (nove inteiros e nove décimos por cento)

*b) produtos de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal, classificados nas posições 33.03 a 33.07, exceto na posição 33.06, e nos códigos 3401.11.90, exceto 3401.11.90 Ex 01, 3401.20.10 e 96.03.21.00: 2,2% (dois inteiros e dois décimos por cento) e 10,3% (dez inteiros e três décimos por cento); e (Redação dada pela Lei nº 12.839, de 2013)*

*Cabe esclarecer, de logo, que, em relação às mercadorias objeto deste Auto de Infração e ao PIS/COFINS sobre elas incidentes, foram estabelecidas três listas de produtos, a saber: Positiva, Negativa e Neutra.*

*A lista Positiva é aquela na qual os produtos nela relacionados são tributados pelo PIS/COFINS na forma prevista no inciso I do artigo 1º da Lei nº 10.147/00, ou seja, a referida tributação ocorre de maneira monofásica, mediante majoração das alíquotas da contribuição, porém o crédito presumido concedido anula sua cobrança.*

*Na lista Negativa, por seu turno, o PIS/COFINS é exigido de maneira monofásica, mas não há crédito presumido.*

*A lista Neutra, por fim, tem tributação normal, não ocorrendo a cobrança antecipada do PIS/COFINS.*

*O dispositivo que concede a redução da base de cálculo do ICMS que aqui se examina tem o objetivo de neutralizar a incidência das contribuições federais, quando cobradas, antecipada e englobadamente, das empresas industriais, ou seja, cobrando-se antecipadamente o PIS/COFINS incidente em todo o ciclo de industrialização e comercialização, o ICMS da operação praticada pelo industrial apresenta-se onerado por componente que não pertence àquela etapa de comercialização e, assim, a base de cálculo do imposto estadual deve ser ajustada mediante a exclusão da parcela indevida.*

*No caso dos produtos arrolados na chamada lista Negativa, o PIS/PASEP e a COFINS são cobrados na modalidade monofásica, sem concessão de crédito presumido que anule os efeitos dessa tributação, sendo legítima, neste caso, a redução da base de cálculo do ICMS.*

*Em relação aos produtos constantes da lista Positiva, o PIS/PASEP e a COFINS incidem na forma monofásica, mas se houver a concessão de crédito presumido, não há que se cogitar da redução da base de cálculo do imposto estadual.*

*Por fim, como os itens integrantes da lista Neutra não estão sujeitos à cobrança monofásica do PIS/PASEP e da COFINS, não há que se falar em redução da base de cálculo do ICMS, pois se admite a redução da base de cálculo apenas na hipótese das contribuições referentes às operações subsequentes serem cobradas englobadamente na respectiva operação.*

*Todavia, deve-se atentar para o fato de que, nos termos da legislação posta, a redução de base de cálculo, quando cabível, deve incidir “sobre a base de cálculo de origem”, e não sobre a base de cálculo da antecipação tributária, como é o caso da dedução de 10% prevista no §5º da Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 e no inciso VIII do artigo 268 do RICMS/12, como comentado anteriormente neste voto.*

*Isso significa que, aplicando-se a redução do Convênio ICMS 34/06, o ICMS da operação própria do industrial será reduzido e, consequentemente, o valor do ICMS devido por substituição tributária será agravado, o que não pode ser admitido neste lançamento de ofício, ainda que o recorrente tenha razão em seus argumentos.”*

Dessa forma, conforme acima exposto, a autuação está respaldada em norma legal, não encontrando amparo, como já dito, o argumento defensivo de que o cálculo foi feito com base em pauta fiscal e que, neste sentido, houve inobservância da redução da base de cálculo prevista pelo Convênio ICMS nº 34/96, visto que a Resolução nº 2 de 12/03/2014 da CMED, dispõe sobre a forma de definição do preço do fabricante e do preço máximo ao consumidor, o qual é obtido por meio da divisão do preço do fabricante pelos fatores indicados em seu Art. 5º, observadas as cargas tributárias do ICMS praticadas nos Estados de destino e a incidência da contribuição para o PIS/POASEB e ICMS Listas Positiva, Negativa e Neutra. Portanto, quando utilizado o PMC para obtenção da base de cálculo do ICMS a redução prevista pelo Convênio ICMS 34/06 não deve ser aplicada, pois no valor do PMC já estão considerados os índices acima mencionados (listas negativa, positiva e neutra).

Quanto a multa aplicada ela é a prevista pelo Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB e na Lei nº 7.014/96, portanto é a que deve ser utilizada pelo Fisco e pelo órgão julgador, ressaltando, ainda, que não se inclui na competência do CONSEF a apreciação de inconstitucionalidade na legislação posta, conforme previsto pelo Art. 167, inciso I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA.

No que diz respeito ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que este colegiado não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo integralmente a Decisão de primeiro grau.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **089008.0301/16-5**, lavrado contra **IRMÃOS MATTAR E CIA. LTDA. (DROGARIA E FARMÁCIA INDIANA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$206.601,19**, 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): Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Fernando Antonio Brito de Araújo

VOTO VENCIDO – Conselheiros: José Carlos Barros Rodeiro, Tiago de Moura Simões e Paulo Sérgio Sena Dantas.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS