

**A. I. Nº** - 279115.0001/16-8  
**AUTUADO** - PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A.  
**AUTUANTES** - JORGE CALMON MONIZ DE BITTENCOURT FILHO, NILCÉIA DE CASTRO LINO e SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 07/06/2017

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0074-01/17**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO PROCEDENTE DE ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO OU PROTOCOLO) PARA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A base de cálculo do ICMS-ST de produtos farmacêuticos na entrada em estabelecimento situado neste Estado deve ser apurada levando-se em conta os valores constantes da tabela de preços máximos de venda a consumidor final (PMC) publicada pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA), haja vista que são fixados por órgão público competente ou sugeridos pelas empresas industriais ou importadoras. Inexistindo PMC, a base de cálculo de cálculo do ICMS-ST deve ser apurada com o acréscimo de margem de valor agregado (MVA). Alegação defensiva de existência de equívocos no levantamento levado a efeito pela Fiscalização por existência de duplicidade de valores constantes em notas fiscais arroladas na autuação acatada corretamente pela Fiscalização na Informação Fiscal. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que a Fiscalização considerou a obrigatoriedade de utilização de apenas um dos dois critérios de apuração não procede. Verifica-se que o levantamento levado a efeito pela Fiscalização foi efetuado com os cálculos do imposto devido por produto, em cada nota fiscal, considerando os critérios legais previstos e não apenas um critério, conforme aduzido pelo impugnante. Infração subsistente. Rejeitadas as nulidades arguidas. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$2.127.696,05, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de efetuar o recolhimento 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$704.238,78, acrescido da multa de 60%;
2. Efetuou o 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.423.457,27, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.59 a 86). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Consigna que se trata de uma Distribuidora de Medicamentos que possui filial na Bahia, geradora de um número considerável de empregos diretos em uma região sabidamente carente, e a presente autuação, na dimensão propugnada pelo Fisco, além dos equívocos que serão postos mais adiante, erros de fato e de direito, caso viesse a ser validada, acabaria por inviabilizar as atividades futuras da empresa PROFARMA, provocando sua exaustão prematura, já comprometida pelas dificuldades financeiras que tem passado, como reflexo da crise econômica por que passa o país e das dificuldades inerentes ao setor. Registra os valores recolhidos ao erário estadual nos exercícios de 2015 e 2016.

Apresenta o seu inconformismo quanto à exigência contida na infração 1. Alega a existência de erros materiais na autuação.

Registra que, a título de amostragem, objetivando que seja realizada uma ampla e efetiva diligência, elenca diversos equívocos cometidos pela Fiscalização, que devem culminar na necessária improcedência do lançamento.

Diz que tais falhas materiais, nomeadas abaixo, somadas às de natureza unicamente de direito, tratados nos itens próprios, denotam um Auto de Infração estruturalmente viciado.

Consigna que, seja pela diversidade da natureza jurídica e da quantidade das falhas perpetradas pelos autuantes, o lançamento de ofício se tornou ininteligível, pois comprometida, seriamente, a sua exatidão, tanto no que tange aos valores individuais, consubstanciados nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração que representam falhas materiais, quanto à composição do valor exigido.

A título exemplificativo dos equívocos cometidos pelos autuantes menciona os seguintes:

- substituição do ICMS já retido anteriormente pelo fornecedor;
- cobranças em duplicidade;
- Notas fiscais não recebidas pela empresa;
- Notas fiscais escrituradas com CFOP normal, CFOP 2152 e CFOP 2102;
- Notas Fiscais do ano de 2012: n<sup>os</sup> 134, 1637, 1997,2905, 3343, 3351,5255, 5275, 5374, 5777, 5994, 5995, 6003, 6153, 6154, 6910, 8158, 9171, 9202, 9226, 9708, 9709, 9752, 9753, 10759, 10846, 10848, 10860, 11083, 12896, 13796, 15448, 15870, 19027, 19116, 19117, 19168, 19421, 20334, 25891, 26308, 26647, 27594, 28452, 28794, 29853, 30475, 31491, 31981, 39465, 50558, 52864, 56079, 56679, 56705, 56832, 61551, 61552, 67390, 67514, 67547, 68591, 70871, 75225, 75815, 76539, 78957, 79207, 79364, 83078, 84736, 84777, 85978, 86222, 91087, 94843, 95279, 95746, 121621, 126854, 135311, 137353, 142631, 155568, 158333, 158335, 158337, 167352, 168735, 168757, 168949, 169936, 170536, 171401, 173400, 173565, 173718, 175041, 175091, 175184, 177416, 178704, 179828, 181044, 181045, 181046, 181047, 183298, 184977, 184978, 184979, 184981, 188250, 188251, 188252, 188254, 189415, 191308, 191309, 194549, 199139, 206983, 206990, 208684, 209115, 213960, 214325, 214329, 221002, 221785, 226116, 226601, 227301, 229098, 230714, 231190, 232532, 234135, 234851, 236617, 236628, 236642, 238224, 238225, 238226, 238417, 238418, 242662, 246601, 247796, 248066, 249635, 251628, 253161, 256620, 261864, 261967, 262526, 263045, 264941, 265814, 265834, 265835, 265836, 265837, 265838, 265839, 265840, 265841, 265842, 265843, 265844, 265845, 265846, 265847, 265848, 265849, 265850, 265851, 265852, 265854, 265855, 265856, 265857, 265859, 265860, 265861, 265862, 265863, 265864, 265865, 265866, 265867, 265868, 265869, 265870, 265871, 265872, 265873, 265874, 265875, 265876, 265877, 265878, 265879, 265880, 265881, 265882, 265883, 265884, 265885, 265886, 265887, 265888, 265889, 265890, 265891, 268495, 268497, 268498, 268499, 268500, 268504, 268505, 268506, 269404, 269676, 273034, 273998, 274026, 274027, 274066, 274086, 274154, 274200, 278306, 278410, 278411, 278734, 278735, 278823, 278861, 278924, 282259, 282260, 285996, 293637, 298959, 303981, 309766, 339943, 344697, 354839, 355744, 385790, 385794, 490190, 491375, 497390, 497391, 498701, 502858.

Assevera que os mesmos fatos se repetem nos demais períodos da autuação, isto é, 2013 e 2014, o que pode atingir a cifra absurda de centenas de NFs, que, conjugadas com as falhas de direito, torna difícil a manutenção da autuação, pela abrangência altamente comprometedora de seus

excessivos equívocos, que terminam por desnaturar o lançamento tributário, como ato administrativo formal e solene, que deve estar apto a viabilizar, ao contribuinte, a ampla defesa e o contraditório em seus recursos processuais.

Alega que, cerceada esta garantia fundamental da Constituição Federal, não é possível remendá-lo, em valores, em fundamentos legais, e em metodologia de cálculo utilizadas originalmente.

Assinala que, para comprovar suas alegações, juntou à peça defensiva, uma mídia eletrônica, além de cópia em papel, onde estão apontados os erros materiais cometidos no levantamento fiscal, tomando-se sua própria metodologia de cálculo.

Consigna que foram elencadas as notas fiscais que deverão ser excluídas do lançamento, para o qual solicita a realização de diligência, por Auditor Fiscal estranho ao feito, com o objetivo de prestigiar a busca da verdade material, por meio da revisão do trabalho originalmente produzido pelos autuantes. Ressalta a necessidade de estender tal verificação a outros fatos de provável ocorrência, que, inequivocamente, macularam de nulidade do Auto de Infração, evitando delongas como novos pedidos de diligência.

Prosseguindo, reporta-se sobre a prevalência do valor real da operação sobre o valor da pauta fiscal.

Observa que a apuração da base de cálculo de produtos farmacêuticos é fixada em diversos diplomas legais: Convênio ICMS 74/96, Decreto nº 7799/00 art. 3º D, Decreto nº 11.872/09 e no RICMS de 2012, artigo 289, parágrafo 10, inciso III. Reproduz o referido do RICMS/BA/12.

Diz que em todos os regramentos acima mencionados, há obrigatoriedade de o contribuinte utilizar as tabelas da ABC FARMA como parâmetro para fixação da base de cálculo de medicamentos, que não retrata, sequer por médias, os preços efetivamente praticados.

Assinala que pela natureza e objetivo das Tabelas, cujos preços não se baseiam na realidade econômica, e dela se distanciam, isto é, estão desvinculados dos preços efetivamente praticados pelo mercado de fármacos, há uma inevitável semelhança com as chamadas pautas fiscais, já condenadas pela jurisprudência pátria.

Acrescenta que, além disso, através do prisma formal de ilegalidade/inconstitucionalidade, por força do princípio da legalidade, a base de cálculo deve estar expressamente prevista em lei, no seu sentido estrito.

Afirma que os diplomas legais referidos não têm caráter de lei em sentido formal, devidamente constituída pelo legislativo. Acrescenta que, tais normas regulamentadoras, correspondem a Decretos e Convênios exarados pelo poder executivo.

Frisa que, para melhor compreender a questão, urge esclarecer que a administração pública, possui o poder para regulamentar as leis. Neste sentido, invoca e reproduz lição de José dos Santos Carvalho acerca do poder regulamentar do executivo.

Ressalta que a administração, ao editar as ditas normas, deve estrita obediência aos mesmos princípios que limitam o poder de tributar.

Diz ser um absurdo jurídico já combatido, demasiadamente, pela doutrina, STF e demais tribunais, aceitar que a administração pública, desprezando a base de cálculo real e legítima, pela qual a operação foi efetivamente praticada, adote outra, que além de não corresponder à realidade, dela se distancia em demasia. Neste sentido, cita e transcreve ensinamento de Miguel Reale.

Assevera que, dessa forma, está cabalmente comprovado, no seu entendimento, com irrefutáveis argumentos, que o Direito brasileiro caminha, há muito, com o dogma do Princípio da Estrita Legalidade, segundo o qual só Lei, no sentido estrito, poderá, no caso, determinar a base de cálculo do tributo.

Salienta que, vistas tais Tabelas como equivalentes às pautas fiscais, poder-se-ia arguir que há previsão validada pelo artigo 148 do CTN. Acrescenta que tal dispositivo, com força de Lei Complementar, admite a aplicação de pauta fiscal para apuração da base de cálculo de qualquer

tributo, somente quando a ocorrência dos fatos geradores é comprovada, mas questionável o valor ou preço de bens, serviços ou ato jurídicos registrados pelo contribuinte, por não merecerem fé.

Conclusivamente, diz que, somente nestes casos pode a Fazenda Pública arbitrar o preço lastreado por um processo regular de mensuração. Acrescenta que, assim sendo, a invocação desse dispositivo do CTN somente é admissível nas situações claramente tipificadas, isto é, quando o sujeito passivo omitir o valor correto de bens, direitos e serviços que devem servir à determinação da base de cálculo. Neste sentido, invoca e transcreve inúmeros precedentes na jurisprudência do STJ e do STF.

Diz que se constata que esta questão já está pacificada nos tribunais superiores, restando a este Colendo CONSEF, com sua competência sedimentada e consolidada através de diversos julgados dos Tribunais Superiores, declarar totalmente improcedente a imputação fiscal relativa ao Auto de Infração em tela, pelo absurdo da sua pretensão.

Observa que a Constituição Federal no seu artigo 155, XII, “b”, delegou à Lei Complementar, a atribuição de “dispor sobre substituição tributária”. Acrescenta que, a Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 8º, insculpiu as regras basilares, pertinentes à apuração da base de cálculo para as operações sujeitas ao regime da substituição tributária para a frente, e o § 3º do mencionado artigo preleciona que, existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

Diz que, desse modo, existe a condição determinada pelo legislador complementar de que a lei poderá adotar a o preço final sugerido pelo fabricante, sendo que, o Estado da Bahia seguindo sua competência legislativa, promulgou a Lei nº 7.014/96, que ao normatizar a base de cálculo da substituição tributária, o fez com clareza solar, conforme transcrição que apresenta.

Salienta que o § 3º acima referido é translúcido.

Observa que a norma constitucional estabeleceu que a base de cálculo do ICMS é matéria de reserva legal de Lei Complementar, sendo que a LC 87/96, por sua vez, ao estabelecer parâmetros gerais para instituir a base de cálculo do ICMS, delegou às Unidades da Federação a competência legislar, concretamente, a matéria, em seus detalhes, porém, desde que atendendo àquela moldura preestabelecida pela LC, qual seja, desde que, comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído.

Aduz que, desse modo, cabe à lei ordinária estadual a fixação operativa e concreta da base de cálculo do ICMS, mas atendendo, rigidamente, a moldura jurídica delineada pela LC.

Sustenta que, na medida em que a própria lei diz que o preço sugerido pelo fabricante só poderá ser, comprovadamente, o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído, desmoronou completamente os alicerces da construção jurídica perpetrada pelos autuantes por três razões fundamentais, no caso:

1. O preço de venda praticado pelo contribuinte substituído não é o preço da tabela da ABCFARMA, eis que sempre foi bem distante desta;
2. O Regulamento do ICMS, o Convênio ICMS 76/94 e o Decreto nº 11.872/09, não são instrumentos jurídicos legais para fixação de base de cálculo da substituição tributária, principalmente considerando que os preços praticados ao consumidor final são inferiores à tabela de preços da ABCFARMA;
3. Não há prova nos autos de que houve subfaturamento do preço das mercadorias, para se abandonar o valor da operação e adotar base de cálculo fixada pela Tabela ABCFARMA, vista, também, como pauta fiscal.

Conclusivamente, requer a total improcedência do Auto de Infração, por contrariar o ordenamento jurídico vigente.

Continuando, reporta-se sobre a ilegitimidade da Lista de Preços da ABC FARMA como órgão competente para estabelecer preços máximos de venda a consumidor.

Afirma que a auditoria fiscal equivocou-se ao alegar que efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, fundamentando-se na determinação incorreta na base de cálculo utilizada para auferir o *quantum debeatur*.

Observa que a Fiscalização lhe autuou por entender que as operações interestaduais de medicamentos, mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, supostamente, têm como base de cálculo o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial (PMC), publicado pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – ABCFARMA, de acordo com o que dispõe os Convênios ICMS 76/94 e 25/01.

Acrescenta que, nessa esteira, a Fazenda Pública Estadual utilizou, arbitrariamente, para fins de determinação da base de cálculo, preços hipotéticos e pré-definidos “batizados” de Preços Máximos de Venda ao Consumidor (PMC), lastreados nos valores fornecidos pela ABCFARMA.

Alega que a ABCFARMA, entidade fundada em 30 de outubro de 1959, tem a finalidade, apenas, de defender os interesses dos empresários do setor comercial, não detendo legalmente a competência para estabelecer preços máximos sugeridos ao consumidor, conforme determinou o fiscal autuante.

Afirma que é fácil perceber que utilizar as informações fornecidas pela ABC FARMA, para estabelecer base de cálculo, além de violar o Princípio da Estrita Legalidade, infringe, ainda, o Princípio da Hierarquia das Leis e, conseqüentemente, o Postulado da Separação dos Poderes (interpretação principiológica da CF, invasão de competência, art. 2º da CF, e art. 1º, § 2º c/c art. 2º, V, da Constituição do Estado da Bahia), eis que esta não poderia invadir a competência exclusiva do Legislativo.

Acrescenta que, além disso, por possuir legitimidade apenas para defender os interesses dos empresários da referida classe, é impróprio admitir que esta entidade pré-estabeleça os valores do PMC dos medicamentos, uma vez que a Lei Complementar nº 87/96 determina em seu art. 8º, § 3º, que em caso de substituição tributária com preço final a consumidor, a base de cálculo será o preço final sugerido pelo fabricante ou importador.

Diz que, se a ABCFARMA não é fabricante, nem importador, nem tampouco entidade que representa os fabricantes, não está, por conseguinte, amparada legalmente para estabelecer os referidos preços. Acrescenta que se trata, como dito anteriormente, de entidade composta por estabelecimentos comerciais, que divulga uma revista sugerindo preços máximos a serem praticados por distribuidores e varejistas, e que nunca são praticados, como é notório.

Conclusivamente, diz que as tabelas sugeridas pela ABCFARMA não atendem aos ditames da LC, nem da Lei Ordinária do Estado, nem mesmo do Convênio mencionado supra.

Prosseguindo, reporta-se sobre a inconstitucionalidade na utilização de pauta fiscal para determinar a base de cálculo do ICMS, bem como da impossibilidade em aplicar base de cálculo fictícia.

Frisa que para a incidência do ICMS ser legítima, é necessário que o enquadramento da base de cálculo pelo sujeito ativo, Estado, mantenha subsunção lógica ou tipicidade com a sua hipótese de incidência constitucionalmente prevista.

Alega que a manipulação da base de cálculo do ICMS - ainda que por Lei Complementar ou por Convênio entre os Estados - altera fatalmente a regra-matriz de incidência constitucionalmente prevista, deixando o contribuinte sob o império da insegurança jurídica e da ofensa a seus direitos, e restando por estabelecer exação diversa daquela que o Estado é competente para instituir, uma vez que se descaracteriza o próprio tributo neste caso.

Aduz que, com o intuito de atingir mais facilmente o consumidor final, verdadeiro contribuinte do ICMS, o legislador passou a utilizar uma presunção jurídica, um valor hipotético, para o dimensionamento da base de cálculo na substituição tributária, desconectado com a realidade fática, que deveria fornecer o valor da operação de circulação, e, por conseguinte, o conteúdo das expressões "margem de lucro", "valor agregado", que passaram a ser correntes em diversas

normas. Consigna que, a título de exemplo, é possível verificar tais expressões no Decreto-Lei nº 406/68, artigos 2º, § 9º; no Convênio ICM 66/88, art. 17; na LC 44/83, e, no caso de medicamentos, no Convênio ICMS/CONFAZ 76/94.

Destaca que este valor hipotético, portanto, utilizado como base de cálculo do ICMS, passou a ser estabelecido através da chamada pauta fiscal, que, mediante simples ato administrativo, fixa o "provável" preço final que uma determinada mercadoria alcançará.

Afirma que, ao estar desassociado dos preços praticados, perde sua característica de presumido, ou arbitrado, e passa a ser arbitrário.

Assevera que a fixação da base de cálculo do ICMS com base no PMC, ou na sua falta, com base na MVA, esquivando-se de reconhecê-lo como incidente sobre o real valor da operação é totalmente ilegal e inconstitucional, tendo em vista que, para auferir a base de cálculo do tributo, é preciso considerar, inexoravelmente, o valor da operação e nunca um valor hipotético.

Aduz que, além das ofensas estruturais à regra-matriz do ICMS já relatadas, também é absurda a determinação da base de cálculo utilizando-se o PMC por outras razões.

Diz que a utilização do modelo de preço tabelado por autoridade competente somente subsiste legitimamente num regime de alta intervenção estatal na economia, tal como já vigorou no passado com congelamento de preços e controle, CIP, SUNAB, entre outros, e que, há muito, não se admite.

Frisa que o Estado que se vive hoje é uma resposta do intervencionismo exagerado, que motivou os atos "arbitrários" do governo de interferir na economia de mercado. Menciona ensinamento de Ricardo Lobo Torres, no sentido de que, no Estado de Direito, o intervencionismo deve estar abalizado na legalidade. Diz que, assim sendo, tudo que ultrapasse os padrões legais será prejudicial à economia. Registra que o referido autor diz que *o tributo pode implicar opressão da liberdade, se não contiver legalidade*.

Alega que, conceder a atribuição de definição arbitrária do preço único ou máximo de venda de cada produto, para efeito do dimensionamento da base de cálculo do ICMS, a simples atos normativos infralegais, implica delegar ao Poder Executivo, por meio dos seus Secretários de Fazenda, a fixação da base de cálculo desse tributo.

Observa que, pelo Princípio da Estrita Legalidade em matéria tributária, é imperativo que a base de cálculo do tributo esteja prevista em lei, pois somente esta pode definir os elementos formadores do tributo, quais sejam: fato gerador, base de cálculo, sujeitos passivo e ativo e alíquota.

Aduz que, desse modo, portarias e convênios, como qualquer outro ato administrativo de categoria jurídica diversa, nunca poderiam ser utilizados para tal finalidade, qual seja, a de servir de parâmetro para o cálculo do elemento valorativo econômico do fato gerador, base de cálculo, sobre o qual se aplica a alíquota do ICMS. Neste sentido, cita e transcreve posições de Clèmerson Merlin Clève, José Eduardo Soares de Melo. Tece comentário sobre a validade de utilização de padrões médios de bases de cálculo destinadas a tributar homogeneamente uma determinada categoria de contribuintes que se encontrem em situações similares, mas não idênticas, como meio de simplificar, facilitar e reduzir os custos de fiscalização e cobrança de tributos. Diz que, apesar da validade de tal critério, muito em voga nestes dias, tais padrões devem, necessariamente, guardar uma proximidade com a dimensão monetária do fato jurígeno, ocorrido no mundo fenomênico natural, no seio da economia, não devendo em hipótese alguma, se distanciar da realidade, do mundo real. Acrescenta que, qualquer distanciamento relevante, como no caso vertente, consignado no conjunto dos contribuintes atingidos pela norma, invalida a própria norma.

Alega que não podem pairar dúvidas no ordenamento jurídico pátrio acerca da impossibilidade de acordos interestaduais estabelecerem arbitrariamente bases de cálculo, à luz dos Princípios da Estrita Legalidade, Capacidade Contributiva e Vedação ao Confisco, bem como a vista do art. 97, IV, § 1º do Código Tributário Nacional. A esse respeito, invoca e reproduz lição de Roque

Carrazza e Geraldo Ataliba.

Assinala que o regime de Pauta Fiscal é definitivamente rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência pátria por violar diversos dispositivos legais insertos no CTN, Princípios albergados pela Constituição Federal, além de contrariar a sistemática do ICMS.

Aduz que a impossibilidade da utilização do regime de pauta fiscal, por meio do qual a base de cálculo é definida por ato do poder executivo, é pacífica e sedimentada na jurisprudência pátria, como demonstram as atuais decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, bem como é uníssona em rechaçar a utilização de normas infralegais para lastrear cobrança de tributo. Reproduz as decisões aduzidas.

Salienta que, em que pese a evidente afronta aos Princípios supramencionados, bem como ao CTN, no tocante ao estabelecimento da base de cálculo por meio de acordos interestaduais serem suficientes para fulminar o Auto de Infração, há, ainda, outro aspecto que deve ser analisado, qual seja, a ilegalidade da pretensão do Estado de apurar imposto devido lastreado em base de cálculo fictícia, tendo em vista a impossibilidade de arbitramento da base de cálculo e da violação ao artigo 148 do Código Tributário Nacional.

Assinala que, conforme já dissera, a base de cálculo deverá ser eleita em lei, mas, além disso, deverá guardar correspondência com a realidade, representando o fato econômico que faz nascer a ocorrência do fato gerador. Ou seja, ela deve ser mensurada com base em fato real, ocorrido no mundo fenomênico, jamais poderá ser fictícia sem guardar correspondência, e aproximação, com os fatos efetivamente ocorridos.

Diz que, desse modo, sendo o ICMS um imposto incidente sobre a circulação de mercadorias, o montante da base de cálculo deverá ser o valor da operação, conforme determina a Lei Complementar nº 87/96.

Observa que, neste sentido se manifesta o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão que reproduz.

Afirma que, assim sendo, a base de cálculo somente pode ser determinada a partir do valor da nota fiscal que acoberta a operação e nunca em valores definidos em Decretos do Poder Executivo ou mesmo Convênios ou Protocolos, como forma de assegurar que a base impositiva corresponderá ao efetivo valor da operação.

Enfatiza que o Estado somente poderia desprezar o real valor da operação, para fixar outro, se fosse inidôneo o documento fiscal, e ainda assim, esse valor deveria ser arbitrado mediante processo regular, à luz do que preceitua o artigo 148 do Código Tributário Nacional, permitida, sempre, sua contestação comprovada por parte do contribuinte.

Conclusivamente, diz que, diante do quanto discorrido acima, é notória a necessidade de reconhecer a improcedência da autuação no que tange à suposta falta ou insuficiência de recolhimento do ICMS incidente sobre operações envolvendo mercadorias sujeitas à substituição tributária de que cuida este item da autuação, uma vez que a sistemática utilizada pelos autuantes na determinação da base de cálculo é ilegal, além de conter diversos equívocos materiais já apontados.

No que tange à infração 2, diz que se verifica que obedeceu fielmente o regramento contido no Decreto nº 11.872/2009, para determinar a base de cálculo prevista no regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizados neste Estado, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, para atribuição de responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes.

Observa que a previsão regulamentar estatui que o detentor do Regime Especial de Tributação reduzirá a base de cálculo da antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes em 28,53% e lhe faculta calcular o imposto de forma simplificada, opcional, em substituição à aludida forma de redução de base de cálculo, mediante a aplicação do percentual de 16%, sobre o valor da aquisição, incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao

adquirente, sendo que o valor a ser recolhido não deverá ser inferior a 3% do preço máximo de venda a consumidor, tabela ABCFARMA.

Sustenta que, em que pese às considerações já explanadas anteriormente sobre a ilegitimidade da tabela ABCFARMA, ainda assim, utilizou as duas formas de cálculo para o cômputo do imposto devido por antecipação tributária, em razão de o Decreto nº 11.872/2009 não determinar que o contribuinte beneficiário só pode se utilizar de um método de cálculo do imposto.

Alega que se inexistisse vedação na escolha do critério de cálculo a ser aplicado, pode utilizar-se de qualquer um dos dois métodos, podendo proceder ao cálculo, inclusive, em relação a cada nota fiscal de aquisição, isto é, a cada operação individualmente.

Assevera que não há determinação legal de obrigatoriedade de opção pela adoção de somente um dos critérios, a partir da qual, haveria o afastamento, peremptório, da possibilidade de se optar pelo critério alternativo. Acrescenta que não são mutuamente exclusivos, nem existe qualquer dispositivo legal que determine uma periodicidade mínima, ou período de tempo predefinido, para a continuidade obrigatória de aplicação de um dos critérios possíveis.

Diz que, desse modo, apura e calcula o ICMS considerando cada Nota Fiscal na sua individualidade, sendo que o recolhimento mensal é feito através de uma guia única de pagamento.

Frisa que, assim sendo, o que efetivamente ocorreu foi: que para determinadas notas fiscais utilizava a redução da base de cálculo em 28,53%, e para outras utilizou o percentual de 16% sobre o valor de aquisição dos medicamentos.

Salienta que, neste contexto, a metodologia que utilizou gera distorções, se for considerada a obrigatoriedade de utilização uniforme de apenas um dos dois critérios de determinação de base de cálculo.

Assegura que a imputação de recolhimento a menos, por antecipação, foge à realidade, mormente se vistos os recolhimentos como um conjunto unitário dos períodos de apuração, como lhe parece ser o posicionamento mais justo e legalmente correto.

Ressalta que, por meio deste prisma, em determinados meses teriam ocorridos recolhimentos a menos, e, em outros meses, ao contrário, recolhimentos a mais.

Explica: tem-se que, de fato, ao transmitir, mediante fluxo único, suas informações fiscais para o SPED, assim o fez com alguns equívocos materiais no que se refere ao cálculo do ICMS Antecipado: Foram informados NFs com valor do ICMS Antecipado calculado a menos, bem assim, foram informados NFs com valor do ICMS Antecipado calculado a mais.

Alega que tal equívoco - na transmissão das informações fiscais - redundou na desconconsideração dos valores credores destas operações, considerando todo o período da autuação, gerando um débito inexistente, por uma questão, meramente, de aritmética. Isto porque, muito embora o cálculo do ICMS Antecipado seja apurado por cada NF, o recolhimento é realizado em uma única Guia de Recolhimento mensal. Ou seja, se na apuração individual por NF houve um cálculo a menos para determinada NF e a mais para outra NF, a diferença teria que ser compensada automaticamente na apuração total.

Alega que, no entanto, relativamente a determinadas NFs em que os autuantes apuraram um saldo devedor, decorrente de recolhimento a menos, está sendo exigindo ICMS, mesmo existindo saldo credor, recolhimento a mais, relativo a outras Notas Fiscais, saldo este que seria suficiente para não ensejar qualquer recolhimento do tributo naquele período.

Diz que, assim sendo, os autuantes criaram um saldo devedor mensal, por terem apenas considerado as Notas Fiscais em que, individualmente, houve recolhimento a menos, desconconsiderando o saldo global, ou seja, valores apurados a mais contrapostos aos valores apurados a menos. Alega que, caso o Fisco tivesse considerado tal saldo global, não haveria que se falar em saldo devedor, uma vez que o saldo total é credor, o que, segundo diz, indubitavelmente, favoreceu a Fazenda Estadual.



Assevera que, desse modo, tem-se que a indevida glosa dos créditos, decorrentes das NFs em que houve recolhimento a mais, ensejou a presente exigência.

Sustenta que o critério utilizado pelos autuantes é absurdo, ilegal e inconstitucional, não previsto na própria legislação estadual. Diz que se apurou saldo credor nos períodos autuados, não há que se falar em recolhimento a menos de tributo em respeito ao próprio princípio da não cumulatividade que rege o ICMS.

Entende que o procedimento mais correto, e justo, seria os autuantes levarem em consideração os pagamentos excessivos, contrapondo-os aos insuficientes, cobrando apenas os valores não recolhidos aos Cofres Públicos, calculados no conjunto global dos períodos de apuração. Isto é, se realmente, considerando as diferenças a mais e a menos, ainda houvesse que se falar em recolhimento insuficiente, a menos.

Ressalta que a Fiscalização desconsiderou os pagamentos excessivos e considerou apenas os insuficientes, onerando a sua atividade empresarial.

Exemplifica, apresentando planilha da apuração relativa ao período autuado, no caso exercícios de 2012, 2013 e 2014, que originou a autuação, demonstrando, segundo diz, não haver insuficiência de recolhimento no período, haja vista que, considerando todas as Notas Fiscais, o valor global recolhido a título de ICMS-ST supera o que efetivamente era devido.

Afirma que, na realidade, o que houve no período foi um recolhimento a mais no montante de R\$4.794.327,43, que é o somatório dos valores recolhidos a mais nos exercícios de 2012 a 2014. Alega que, assim sendo, somente uma diligência poderia esclarecer devidamente os fatos, bem como promover a correta compensação dos créditos e débitos, minimizando os efeitos da metodologia aplicada na autuação e evitando-se desdobramentos impertinentes e indesejáveis para contribuinte e Estado.

Sustenta que carece de qualquer lógica contábil e jurídica a autuação, o que esbarra na possibilidade de ser validada, razão pela qual, requer a nulidade desta infração.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- preliminarmente, 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, como também, pela obscuridade dos demonstrativos elaborados, cerceando o Direito à Ampla Defesa e ao Contraditório do Contribuinte;
- seja reconhecida a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor;
- independente da nulidade da autuação, que 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 do entendimento já pacificado nos tribunais superiores quanto à pauta fiscal;
- no mérito, a improcedência da infração 1 por diversos equívocos cometidos pela fiscalização, à exemplo de notas fiscais cobradas em duplicidade, notas fiscais não recebidas pela empresa, notas fiscais escrituradas com tributação normal, notas fiscais cuja retenção foi feita pelo fornecedor, conforme provas em demasia, acostadas ao presente processo;
- a improcedência da infração 2, tendo em vista que houve aplicação de métodos simultâneos no cálculo do imposto que realizou nos termos do Decreto nº 11.872/2009, o que, segundo diz, resulta em pagamento a mais do imposto em determinados meses, devendo ser feita a devida compensação no contexto do período fiscalizado ou, subsidiariamente, dentro de cada período de apuração, considerando que o recolhimento mensal é feito através de uma guia única de pagamento;

– o reconhecimento de que as multas aplicadas tem efeito confiscatório.

Por fim, requer a realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito para comprovar as suas alegações defensivas, perícia, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos posteriormente.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal (fls.148 a 155). No que concerne às alegações defensivas atinentes à infração 1, dizem que, apesar de o autuado não acostar documentos que sustentem suas alegações, analisaram a planilha e verificaram que havia um problema de parametrização no sistema de fiscalização que duplicava notas fiscais em alguns relatórios e também omitia notas fiscais em outros relatórios. Reconhecem que, de fato, 98 notas fiscais foram cobradas em duplicidade, num valor total a mais de R\$82.495,83, sendo 21 notas fiscais de 2013, valor a mais de R\$37.963,75 e 78 notas de 2014, valor a mais de R\$44.532,08.. Esclarecem que, feitas as devidas adequações de parametrização no sistema de fiscalização, excluíram estas notas fiscais dos relatórios e incluíram as notas fiscais equivocadamente omitidas. Reapresentam o Demonstrativo do Débito (fl. 156) e os relatórios, resumidamente em papel, nos Anexos 4 e 5 e, na íntegra, no CD (fl. 188).

Quanto aos demais itens apontados, dizem que o autuado não anexou ao processo documentos comprobatórios que suportem suas alegações. Acrescentam que, dessa forma, intimaram o autuado a apresentar tais documentos, no caso intimação enviada via DT-e e e-mail em 7/10/2016 com prazo de 5 dias úteis para atendimento - Anexo 6. Vencido o prazo concedido em 14/10, o autuado solicitou prorrogações sucessivas de prazo, até o dia 31/10, alegando demora dos fornecedores em enviar as informações necessárias. Ressaltam que concederam todas as prorrogações solicitadas.

No tocante ao questionamento aduzido pelo impugnante atinente à utilização da Tabela ABCFARMA como parâmetro para fixação da base de cálculo de medicamentos, asseveram que o equívoco de tal entendimento é flagrante, pois a base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária, está plenamente definida em lei, e os citados diplomas legais baseiam-se constitucionalmente na referida lei. Reproduzem o art. 8º § 2º da Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996.

Dizem que a previsão legal, quando se tratar 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.

Salientam que a Lei nº 10.742, de 06/10/2003, convertida em Lei a partir da Medida Provisória nº 123, de 26/06/2003, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), bem como o Decreto Federal nº 4.766, de 26/06/2003, que regulamenta a sua criação, as competências e o funcionamento da Câmara. Transcrevem o artigo 5º da referida Lei. Observam que no artigo 6º a Lei descreve as competências da CMED e no art.7º trata dos novos produtos e das novas apresentações. Reproduzem os referidos artigos.

Frisam que, não bastasse o que prescrevem os citados diplomas legais, a própria CMED ao editar, anualmente, resoluções para disciplinar os ajustes de medicamentos, nas quais estabelece os critérios e dispõe sobre a forma de definição dos preços, circunscreve inequivocamente as suas competências. Exemplificam tomando-se os anos de 2012, 2013 e 2014, que englobam o período do Auto de Infração em lide, conforme abaixo:

- Resolução CMED nº 2, de 02/03/2014 - Dispõe sobre a forma de definição do Preço Fabricante (PF) e do Preço Máximo ao Consumidor (PMC) dos medicamentos em 31 de março de 2014, estabelece a forma de apresentação do Relatório de Comercialização à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, disciplina a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e define as margens de comercialização para esses produtos.

*Art. 7º. As empresas produtoras deverão dar ampla publicidade aos preços de seus medicamentos, por meio de publicações especializadas de grande circulação. (grifo nosso)*

*Art. 8º. As unidades de comércio varejista deverão manter à disposição dos consumidores e dos órgãos de defesa do consumidor as listas dos preços de medicamentos atualizadas, calculados nos termos desta*

*Resolução*

- Resolução CMED nº 2, de 03/04/2013 – Dispõe sobre a forma de definição do Preço Fabricante - PF e do Preço Máximo ao Consumidor – PMC dos medicamentos, estabelece a forma de apresentação do Relatório de Comercialização à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, disciplina a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e define as margens de comercialização para esses produtos.

“...

*Art. 7º. As empresas produtoras deverão dar ampla publicidade aos preços de seus medicamentos, por meio de publicações especializadas de grande circulação. (grifo nosso)*

*Art. 8º. As unidades de comércio varejista deverão manter à disposição dos consumidores e dos órgãos de defesa do consumidor as listas dos preços de medicamentos atualizadas, calculados nos termos desta Resolução*

- Resolução CMED nº 2, de 12/03/2012 – Dispõe sobre a forma de definição do Preço Fabricante - PF e do Preço Máximo ao Consumidor – PMC dos medicamentos em 31 de março de 2012, estabelece a forma de apresentação do Relatório de Comercialização à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, disciplina a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e define as margens de comercialização para esses produtos.

“...

*Art. 7º. As empresas produtoras deverão dar ampla publicidade aos preços de seus medicamentos, por meio de publicações especializadas de grande circulação. (grifo nosso)*

*Art. 8º. As unidades de comércio varejista deverão manter à disposição dos consumidores e dos órgãos de defesa do consumidor as listas dos preços de medicamentos atualizadas, calculados nos termos desta Resolução*

Salientam que a ABCFARMA – Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, por meio da sua Revista, como se pode verificar, atende claramente as exigências dos artigos 7º e 8º das resoluções da CMED. Acrescentam que o propósito da Revista da ABCFARMA é claro com relação aos dados publicados por aquela associação, conforme transcrição que apresentam:

*“A REVISTA ABCFARMA é editada mensalmente com distribuição em todo o território nacional e oferece, entre outras matérias, uma fonte completa de informação sobre preços de medicamentos.”*

Observam que é mediante a Revista ABCFARMA que a indústria farmacêutica publica os preços dos medicamentos, seguindo as diretrizes de reajustes expedidas pela CMED.

Consignam que, para reforçar que a indústria farmacêutica considera a Revista ABCFARMA sua principal fonte de informações de preços de medicamentos regulamentados pela CMED, basta observar os valores dos PMCs destacados nas notas fiscais recebidas pelo próprio autuado, provenientes dos seus fornecedores industriais e laboratórios. Registram que os PMCs têm exatamente os mesmos valores utilizados pela Fiscalização com base nas informações disponibilizadas pela mencionada Revista. Neste sentido, apresentam ilustração mencionando a Nota Fiscal eletrônica nº 18.488.

Ressaltam que essa mesma situação repete-se nas demais notas fiscais recebidas pelo autuado, o que comprova a correta utilização dos PMCs da Revista ABCFARMA pela indústria farmacêutica e pela Fiscalização, jogando por terra os argumentos defensivos de que a indústria não deveria utilizar-se das informações de preços máximos da ABCFARMA por tratar-se de uma associação que defende os interesses do setor comercial.

Conclusivamente, dizem que não há porque acolher os equivocados argumentos defensivos e mantém parcialmente a infração 1.

No que tange à infração 2, dizem que se verifica o equívoco flagrante defensivo em achar que a Fiscalização considerou a obrigatoriedade de utilização de apenas um dos dois critérios, pois muito pelo contrário, efetua os cálculos do imposto devido por produto, em cada nota fiscal, por todos os critérios legais possíveis, e utiliza nos relatórios o valor que é mais benéfico para o contribuinte, o que implica em menor imposto a pagar.

Sustentam que, assim sendo, não há porque se falar em obrigatoriedade de uma única forma de cálculo, já que a legislação dá ao contribuinte a opção de escolher a forma que melhor lhe

aprouver e a Fiscalização assim também procede.

Quanto à alegação defensiva de que, por um *equivoco na transmissão das informações fiscais*, foram informadas notas fiscais com valores do ICMS Antecipado calculados a menos, bem como, notas fiscais com valores do ICMS Antecipado calculados a mais, afirmam que não procede.

Esclarecem que o trabalho da Fiscalização baseia-se nas informações transmitidas pelos contribuintes e seus fornecedores, nas notas fiscais de entrada e saída, na Escrituração Fiscal Digital, e nas normas legais estabelecidas, para efetuar os cálculos dos valores de ICMS eventualmente não recolhidos ou recolhidos a menos aos cofres públicos. Observam que são estes os valores exigidos na autuação e o escopo do trabalho fiscal. Salientam que valores que tenham sido inadvertidamente recolhidos a mais devem ser objeto de processo específico de restituição, cuja análise será feita pela Secretaria da Fazenda.

Conclusivamente, dizem que: *Pelo exposto, não há porque acolher os argumentos da Defendente, mantendo-se integralmente, a Infração 02.*

Finalizam a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração, com as devidas considerações acima apresentadas.

O autuado cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls.192 a 203).

Afirma que os autuantes deveriam ter se debruçado sobre os números apresentados na defesa vestibular e refeito todo o trabalho de auditoria, além de obrigatoriamente elaborarem demonstrativos que reproduzissem a verdade material dos fatos.

Alega, entretanto, que a Fiscalização acostou ao presente processo diversas planilhas, conforme fls.157 a 187, apresentando novos demonstrativos de débito sem retirar do *quantum* exigido os valores já recolhidos.

Salienta que, relativamente à infração 1, aduziu que os autuantes se equivocaram ao incluir no Auto de Infração diversas notas fiscais cujo imposto foi exigido em duplicidade, notas fiscais não recebidas e notas fiscais escrituradas com CFOP errado.

Observa que a Fiscalização reconheceu as alegações defensivas, dizendo que havia um problema de parametrização no sistema de fiscalização que duplicava as notas fiscais em alguns relatórios e também omitia notas fiscais em outros relatórios. Reproduz a afirmativa dos autuantes.

Assevera que o Auto de Infração uma vez lavrado não pode ser majorado pelo Fisco, somente na hipótese de beneficiar o contribuinte, e o descumprimento desse princípio da imutabilidade do Auto de Infração, leva inevitavelmente à nulidade da autuação.

Diz que, no caso em apreço, o Fisco estadual modificou o lançamento de ofício originário, incluindo documentos fiscais que não integravam a autuação. Por isso, esse lançamento de ofício tem que ser anulado, pois restou fragilizado, devendo ser refeito em sua inteireza.

Salienta que o Código Tributário Nacional assinala que a constituição do crédito tributário é de competência da autoridade administrativa, sendo que, uma vez constituído o crédito tributário, através do lançamento, e regularmente notificado o sujeito passivo, a autoridade fiscal não mais poderá modificá-lo, por força do chamado princípio da imutabilidade do lançamento tributário, consagrado no artigo 145 do CTN, cuja redação transcreve.

Afirma que, uma vez que o sujeito passivo foi regularmente notificado do lançamento, não há a possibilidade de sua alteração, salvo nas taxativas hipóteses do indigitado artigo, como destaca Rosa Junior, cuja lição reproduz.

Alega que, dessa forma, se a autoridade fiscal cometeu qualquer irregularidade, contrária ao interesse do sujeito passivo, ele tem a oportunidade de anulá-lo por meio do exercício da defesa administrativa ou através de ação judicial.

Assevera que o lançamento só pode ser alterado nos casos taxativos autorizados pelo artigo 149 do CTN, contudo, pela leitura de seus dispositivos, não há lugar para a revisão do lançamento quando presente o erro de direito.

Tece amplas considerações sobre a ocorrência de erro do agente, reportando-se sobre a lei tributária e invocando a doutrina e jurisprudência. Diz que, dessas considerações, chega-se à conclusão de que, a obrigação tributária “declarada” pelo lançamento somente pode ser modificada ou alterada quando ocorrer modificação naquele “fato” ou se apure regularmente a inexatidão da sua constatação pelo primitivo lançamento.

Ou seja, no caso em apreço, caberia o início de novo procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções, para se exigir as notas fiscais omitidas no lançamento original, mas nunca se majorar o Auto de Infração, incluindo novos documentos que alteram na sua essência o lançamento tributário.

Quanto às demais alegações dos autuantes, afirma que não merecem prosperar, tendo em vista que cometem equívocos na avaliação, alegando que a utilização da revista ABC FARMA como parâmetro para fixação da base de cálculo de medicamentos tem fundamentação legal. Alega que os autuantes esqueceram-se da Súmula nº 431 do STJ, no sentido de que: *É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.*

Observa que esse enunciado decorre diretamente do princípio da reserva legal a que se acha submetida a definição da base de cálculo de impostos previstos na Constituição Federal, como se depreende do seu art. 146, III, “a”, cuja redação reproduz.

Salienta que à lei complementar cabe apenas estabelecer, em caráter de norma geral, a base de cálculo de cada imposto discriminado na Constituição. Acrescenta que a sua definição cabe à lei ordinária de cada entidade política tributante, respeitada a norma geral a respeito. Diz que, por isso, dispõe o art. 97, IV, do CTN que *somente a lei pode estabelecer a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo.*

Aduz que, assim sendo, a base de cálculo do imposto deve estar definida na lei de regência do respectivo tributo, surgindo daí a ilegalidade e, também, a inconstitucionalidade do regime de pauta fiscal, que decorre de ato do Executivo para estipulação da base de cálculo do imposto.

Assinala que na área do ICMS é comum o Executivo baixar pauta de valores para diferentes mercadorias, procedendo a apreensão delas quando transportadas acompanhadas de notas fiscais com valores diversos daqueles estabelecidos por atos do Executivo.

Frisa que as barreiras fiscais, além de ferir o princípio de livre circulação de bens e pessoas, quando resulta em apreensões de mercadorias implicam coações indiretas para cobrança do imposto, o que é vedado pela Súmula nº 323 do STF.

Aduz que, por tudo isso, a Súmula nº 431 do STJ não tem aplicação apenas no âmbito do ICMS, mas em relação aos demais impostos que utilizam como base de cálculo os valores estabelecidos pelo Executivo.

Acrescenta que, além disso, os preços dos medicamentos são ditados pela livre concorrência e nenhum estabelecimento do varejo do Brasil obriga o consumidor final a pagar o valor do produto pelo preço fixado na tabela da ABCFARMA, muito pelo contrário, cobram menos da metade do valor, servindo tal tabela apenas como parâmetro.

Afirma que toda a legislação citada pelos autuantes não se presta a dar respaldo legal à pretensão do Fisco, pois base de cálculo é matéria de Lei Complementar, e nenhuma legislação pode se sobrepor aos limites determinados pela CF no seu artigo 146, III, “a”.

Registra que o próprio STF em decisão recente, no RE 593849- MG entendeu que cabe devolução de ICMS cobrado a mais pelo regime de substituição tributária, fortalecendo os argumentos dos contribuintes de que a exigência de imposto em excesso deve ser devolvida pelo Fisco.

Diz que se os autuantes exigem imposto por uma tabela que na prática do mercado não se concretizam, só restará ao erário a restituição do imposto cobrado a mais.

Assinala que o STF decidiu que é devida a restituição de valores pagos a mais pelo contribuinte em regime de substituição tributária progressiva do ICMS, sendo que, a decisão foi tomada pela maioria dos ministros (7 votos 3), que acompanhou o voto do relator, ministro Edson

Fachin, a aprovou a seguinte tese: *É devida a restituição do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior a presumida.* Discorre sobre o voto do relator ministro Edson Fachin.

Consigna que é despidiendo dizer 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. Observa que, neste diapasão, o artigo 39, III do RPAF/BA, determina que o Auto de Infração conterá a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias de foram clara, precisa e sucinta. Reproduz o referido artigo.

Conclusivamente, pugna pela nulidade do Auto de Infração por carecer de segurança e certeza, tanto na inclusão de novos valores no lançamento tributário, como também pela utilização de base de cálculo sem previsão legal.

Relativamente à infração 2, afirma que os autuantes nada trouxeram de novo na sua Informação Fiscal, apenas alegação que o trabalho da Fiscalização baseia-se nas informações transmitidas pelos contribuintes e fornecedores nas notas fiscais de entrada e de saída, na escrituração fiscal digital, e nas normas legais estabelecidas, para efetuar os cálculos dos valores de ICMS eventualmente não recolhidos ou recolhidos a menor aos cofres públicos.

Rechaça a alegação dos autuantes afirmando que obedeceu fielmente o regramento contido no Decreto nº 11.872/2009, para determinar a base de cálculo prevista no Regime Especial de Tributação ao distribuidor de medicamentos localizados neste Estado, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, para atribuição de responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes.

Diz que a previsão regulamentar estatui que o detentor do Regime Especial de Tributação reduzirá a base de cálculo da antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes em 28,53% ou poderia calcular o imposto de forma simplificada em substituição da redução de base de cálculo, mediante a aplicação do percentual de 16% sobre o valor da aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, sendo que o valor a ser recolhido não deverá ser inferior a 3% do preço máximo de venda a consumidor, tabela ABC FARMA.

Frisa que, em que pese as considerações já explanadas anteriormente sobre a ilegitimidade da tabela ABC FARMA, ainda assim utilizou as duas formas de cálculo para o cálculo do imposto devido por antecipação tributária, tendo em vista que o Decreto nº 11.872/2009, não determina que o contribuinte beneficiário só poderia se utilizar de um método de cálculo do imposto.

Afirma que, se inexistente vedação para utilizar os critérios de cálculo, pode se utilizar de qualquer um dos dois métodos, podendo proceder ao cálculo inclusive por nota fiscal de aquisição.

Diz que, efetivamente foi o que ocorreu, para determinadas notas fiscais utilizava a redução da base de cálculo em 28,53%, e para outras aquisições utilizava o percentual de 16% sobre o valor de aquisição dos medicamentos.

Consigna que essa metodologia utilizada gerou distorções, pois a acusação de recolhimento a menos por antecipação foge à realidade, haja vista que em determinados meses houve recolhimento a mais e em outros efetivamente houve um pagamento a menos do imposto.

Reitera que o procedimento fiscal mais correto seria que os autuantes levassem a efeito uma compensação entre os dois métodos e exigisse nesta infração 2 apenas o valor devido no cálculo do imposto.

Conclusivamente, solicita que os julgadores baixem o processo em diligência, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito proceda à compensação dos créditos e débitos da forma de cálculo que utilizou.

Finaliza a manifestação requerendo:

a) como preliminar de nulidade:

- seja anulado o Auto de Infração por vício formal insanável, uma vez que na Informação Fiscal de fls. 148 a 187 dos autos, os autuantes incluíram notas fiscais que não estavam no lançamento fiscal originário, caracterizando “reformatio in pejus”, vedado em nosso ordenamento jurídico;
- seja reconhecida a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor;
- independente da nulidade da autuação, o Presidente do 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 do entendimento já pacificado nos tribunais superiores quanto à pauta fiscal principalmente a Súmula nº 431 do STJ e a recente decisão do STF no RE 593849- MG;

b) no mérito,

- a improcedência da infração 1, por diversos equívocos cometidos pela Fiscalização, à exemplo de notas fiscais cobradas em duplicidade, notas fiscais não recebidas pela empresa, notas fiscais escrituradas com tributação normal, notas fiscais cuja retenção foi feita pelo fornecedor, conforme provas abundantes acostadas ao presente processo;
- a improcedência da infração 2, tendo em vista que houve aplicação de métodos simultâneos no cálculo do imposto pelo autuado nos termos do Decreto nº 11.872/2009, o que resulta em pagamento a mais do imposto em determinados meses, devendo ser feita a devida compensação;
- o reconhecimento de que as multas aplicadas tem efeito confiscatório;
- a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, perícia, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos posteriormente.

Os autuantes cientificados da Manifestação do impugnante se pronunciaram (fls.245 a 247). Registram as alegações defensivas atinentes às infrações 1 e 2.

No que concerne à infração 1, consignam que, de fato, notas fiscais que originalmente não constam no Auto de Infração não devem ser incluídas *a posteriori*, e sim terem seus valores cobrados em novo Auto de Infração. Esclarecem que excluíram estas notas fiscais e reapresentam o Demonstrativo do Débito, fl. 248, e os relatórios, resumidamente em papel, nos Anexos 7 e 8 e, na íntegra, no CD, fl. 356.

Quanto à alegação defensiva atinente à utilização da Tabela ABCFARMA como parâmetro para fixação da base de cálculo, consignam que mantêm integralmente a posição externada na 1ª Informação Fiscal de fls. 149 a 154, de que a utilização da Tabela ACBFARMA, como fonte de informação dos Preços Máximos ao Consumidor (PMC), é plenamente legal e prevista na legislação vigente. A utilização do PMC está prevista na Lei Complementar nº 87/96, no Convênio nº 76/94 e na Lei Estadual nº 7.014/96.

Relativamente à infração 2, mantêm integralmente a posição externada na 1ª Informação Fiscal, para não acatar as alegações defensivas.

Finalizam opinando pela procedência do Auto de Infração, com as devidas considerações apresentadas na Informação Fiscal.

O autuado cientificado sobre o pronunciamento dos autuantes (fls.357/358) não mais se manifestou.

Concluída a instrução do PAF este foi pautado para julgamento na sessão de 02/05/2017.

O autuado protocolizou petição na qual solicita que o julgamento seja adiado para a sessão subsequente de 04/05/2017, sob o argumento que não tivera oportunidade de analisar o último pronunciamento dos autuantes.

Os Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão na sessão de julgamento do dia 02/05/2017, concordaram com o atendimento do pleito, considerando a complexidade do levantamento levado a efeito pela Fiscalização, assim como por transparecer razoável, no presente caso, o atendimento do pedido.

## VOTO

Inicialmente, no que tange à arguição de nulidade do Auto de Infração por falta de clareza e precisão, constato que não pode prosperar a pretensão defensiva.

Verifica-se que o lançamento foi efetuado com a indicação do sujeito passivo, descrição dos fatos de forma clara, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa imposta, total do débito, dispositivos infringidos. Os demonstrativos elaborados pelos autuantes identificam as notas fiscais arroladas no levantamento, tipo de medicamento, itens, valor do produto, quantidades, valor do PMC ou MVA na apuração da base de cálculo, o valor retido, o valor recolhido, a diferença devida.

Portanto, o lançamento foi efetuado em conformidade com os artigos 38 a 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inexistindo vícios ou falhas capazes de inquinar de nulidade o Auto de Infração, consoante previsto no art. 18 do mesmo diploma regulamentar processual.

O impugnante argui, ainda, como preliminar de nulidade a ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor.

Apesar de o ilustre patrono do contribuinte ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões na sessão de julgamento haver consignado que renunciava a argumentação atinente à questão da ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA, convém observar que o Convênio ICMS 76/94, recepcionado pelo RICMS/BA, na sua cláusula segunda determina que a base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadorias no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

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

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

É indubitoso que a tabela de preços publicada pela ABCFARMA se constitui efetivamente na divulgação dos preços sugeridos pelos fabricantes ou importadores. Ou seja, Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA) efetiva a sua divulgação. Portanto, na apuração da base de cálculo do ICMS-ST é legítima a aplicação do preço sugerido pelo fabricante ou importador que, quando existente, deve prevalecer em relação ao valor da operação própria adicionada de outras despesas e MVA.

No presente caso, verifica-se que nos demonstrativos elaborados pelos autuantes foram considerados os valores do Preço Máximo de Venda a Consumidor (PMC), para os produtos relacionados na Tabela ABCFARMA e os preços dos produtos acrescidos das Margens de Valor Agregado (MVA) para os produtos não constantes da citada Tabela.

Diante disso, constata-se que descabe falar-se em ilegitimidade da Tabela da ABCFARMA. Relevante consignar que, a jurisprudência predominante deste CONSEF – em ambas as instâncias de julgamentos – aponta no sentido de que, na apuração do imposto por antecipação tributária nas operações com medicamentos oriundos de outros Estados, deve ser utilizado como base de cálculo do imposto, o preço máximo de venda sugerido pelo fabricante, conforme previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, cuja norma foi recepcionada pelo RICMS/BA, a



exemplo do Acórdão CJF Nº 0127-12/17.

Diante disso, descabe falar-se em ilegitimidade da Tabela ABCFARMA.

No que concerne ao pedido formulado pelo impugnante de realização de diligência/perícia, considero que os argumentos defensivos apresentados na Defesa vestibular e Manifestação posterior, assim como a Informação Fiscal inicial e, posteriormente, a segunda Informação Fiscal prestada pelos autuantes, se apresentam suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide, sendo, inclusive, desnecessária a intervenção de perito, haja vista que a matéria em questão é de pleno conhecimento dos Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal.

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

No mérito, relativamente à infração 1, a acusação fiscal é que o autuado deixou de efetuar o recolhimento 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.

Constato que na primeira Informação Fiscal os autuantes esclareceram que, apesar de o autuado não acostar documentos que sustentassem suas alegações, analisaram a planilha e verificaram que havia um problema de parametrização no sistema de fiscalização que duplicava notas fiscais em alguns relatórios e também omitia notas fiscais em outros relatórios. Reconheceram que 98 notas fiscais foram cobradas em duplicidade, num valor total a mais de R\$82.495,83, sendo 21 notas fiscais de 2013, valor a mais de R\$37.963,75 e 78 notas de 2014, valor a mais de R\$44.532,08. Esclareceram que, feitas as devidas adequações de parametrização no sistema de fiscalização, excluíram estas notas fiscais dos relatórios e incluíram as notas fiscais equivocadamente omitidas. Reapresentaram o Demonstrativo do Débito (fl. 156) e os relatórios, resumidamente em papel, nos Anexos 4 e 5 e, na íntegra, no CD (fl. 188).

Quanto às demais alegações, dizem que o autuado não anexou ao processo documentos comprobatórios que suportem o alegado. Em face disso, intimaram o autuado a apresentar tais documentos, conforme intimação enviada via DT-e e *e-mail* em 7/10/2016 com prazo de 5 dias úteis para atendimento, sendo que, vencido o prazo concedido em 14/10, o autuado solicitou prorrogações sucessivas de prazo, até o dia 31/10, alegando demora dos fornecedores em enviar as informações necessárias. Ressaltam que concederam todas as prorrogações solicitadas.

Verifico, também, que o autuado cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls.192 a 203), registrando que a Fiscalização reconheceu as alegações defensivas, dizendo que havia um problema de parametrização no sistema de fiscalização que duplicava as notas fiscais em alguns relatórios e também omitia notas fiscais em outros relatórios, entretanto, modificou o lançamento de ofício originário, incluindo documentos fiscais que não integravam a autuação, o que não é legalmente permitido.

Observo que na segunda Informação Fiscal os autuantes acataram, acertadamente, o argumento defensivo de que o lançamento de ofício não poderia ser modificado com a inserção de notas fiscais que originariamente não haviam sido arroladas na autuação. Corrigiram o equívoco com a exclusão das referidas notas fiscais e apresentaram novo Demonstrativo do Débito, no qual apontam como ICMS devido referente à infração 1 o valor total de R\$327.842,81.

Independentemente do registro feito acima sobre a legitimidade da tabela da ABCFARMA, cumpre observar que não houve arbitramento da base de cálculo – conforme aduzido pelo impugnante – mas sim apuração com utilização do PMC sugerido pelo fabricante ou MVA, sendo apurada a falta de recolhimento do ICMS-ST pela Fiscalização.

Diante do exposto, a infração 1 é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$327.842,81, conforme novo Demonstrativo elaborado pelos autuantes, abaixo reproduzido:

MÊS	Exercício 2012	Exercício 2013	Exercício 2014
Janeiro	2.086,19	5.300,34	3.153,32
Fevereiro	2.103,46	185,04	43,76
Março	14.943,15	12.485,94	4.493,28

Abril	9.160,37	404,31	2.527,83
Maio	7.987,32	87,76	703,48
Junho	6.543,17	423,37	1.114,75
Julho	1.924,66	7.317,80	394,20
Agosto	1.692,89	2.631,29	0,00
Setembro	917,61	5.292,60	455,28
Outubro	23.203,44	26.252,85	0,00
Novembro	13.397,68	7.030,69	6.132,39
Dezembro	112.290,99	16.537,92	28.623,68
<b>TOTAL</b>	<b>196.250,93</b>	<b>83.949,91</b>	<b>47.641,97</b>
<b>Total da infração 1 (Exercícios: 2012 + 2013 + 2014)</b>			<b>327.842,81</b>

Relativamente à infração 2, observo que o impugnante alega que, em que pese às considerações já explanadas sobre a ilegitimidade da tabela ABCFARMA, ainda assim, utilizou as duas formas de cálculo para o cômputo do imposto devido por antecipação tributária, em razão de o Decreto nº 11.872/2009 não determinar que o contribuinte beneficiário só pode se utilizar de um método de cálculo do imposto.

Afirma que se não existe vedação na escolha do critério de cálculo a ser aplicado, pode utilizar-se de qualquer um dos dois métodos, podendo proceder ao cálculo, inclusive, em relação a cada nota fiscal de aquisição, isto é, a cada operação individualmente.

Assevera que, assim sendo, o que efetivamente ocorreu foi: que para determinadas notas fiscais utilizava a redução da base de cálculo em 28,53%, e para outras utilizou o percentual de 16% sobre o valor de aquisição dos medicamentos.

Salienta que, neste contexto, a metodologia que utilizou gera distorções, se for considerada a obrigatoriedade de utilização uniforme de apenas um dos dois critérios de determinação de base de cálculo.

Assegura que a imputação de recolhimento a menos, por antecipação, de que trata a infração 2, foge à realidade, mormente se vistos os recolhimentos como um conjunto unitário dos períodos de apuração, como lhe parece ser o posicionamento mais justo e legalmente correto.

Ressalta que, por meio deste prisma, em determinados meses teriam ocorridos recolhimentos a menos, e, em outros meses, ao contrário, recolhimentos a mais.

Explica que ao transmitir, mediante fluxo único, suas informações fiscais para o SPED, assim o fez com alguns equívocos materiais no que se refere ao cálculo do ICMS Antecipado: Foram informados NFs com valor do ICMS Antecipado calculado a menos, bem assim, foram informados NFs com valor do ICMS Antecipado calculado a mais.

Alega que tal equívoco - na transmissão das informações fiscais - redundou na desconsideração dos valores credores destas operações, considerando todo o período da autuação, gerando um débito inexistente, por uma questão, meramente, de aritmética. Isto porque, muito embora o cálculo do ICMS Antecipado seja apurado por cada NF, o recolhimento é realizado em uma única Guia de Recolhimento mensal. Ou seja, se na apuração individual por NF houve um cálculo a menos para determinada NF e a mais para outra NF, a diferença teria que ser compensada automaticamente na apuração total.

Sustenta que o critério utilizado pelos autuantes é absurdo, ilegal e inconstitucional, não previsto na própria legislação estadual. Alega que se apurou saldo credor nos períodos autuados, não há que se falar em recolhimento a menos de tributo em respeito ao próprio princípio da não cumulatividade que rege o ICMS.

Entende que o procedimento mais correto, e justo, seria os autuantes levarem em consideração os pagamentos excessivos, contrapondo-os aos insuficientes, cobrando apenas os valores não recolhidos aos Cofres Públicos, calculados no conjunto global dos períodos de apuração, ou seja, se realmente, considerando as diferenças a mais e a menos, ainda houvesse que se falar em recolhimento insuficiente, a menos. Ressalta que a Fiscalização desconsiderou os pagamentos excessivos e considerou apenas os insuficientes, onerando a sua atividade empresarial.

Vejo, também, que na Informação Fiscal, os autuantes contestam a argumentação defensiva. Dizem que se verifica o equívoco flagrante do impugnante em achar que a Fiscalização considerou a obrigatoriedade de utilização de apenas um dos dois critérios, pois muito pelo contrário, efetuaram os cálculos do imposto devido por produto, em cada nota fiscal, por todos os critérios legais possíveis, e utilizaram nos relatórios o valor que é mais benéfico para o contribuinte, o que implica em menos imposto a pagar.

Sustentam que, assim sendo, não há porque se falar em obrigatoriedade de uma única forma de cálculo, já que a legislação dá ao contribuinte a opção de escolher a forma que melhor lhe aprouver e assim também procederam.

Quanto à alegação defensiva de que, por um *equívoco na transmissão das informações fiscais*, foram informadas notas fiscais com valores do ICMS Antecipado calculados a menos, bem como, notas fiscais com valores do ICMS Antecipado calculados a mais, afirmam que não procede.

Esclarecem que o trabalho da Fiscalização baseia-se nas informações transmitidas pelos contribuintes e seus fornecedores, nas notas fiscais de entrada e saída, na Escrituração Fiscal Digital, e nas normas legais estabelecidas, para efetuar os cálculos dos valores de ICMS eventualmente não recolhidos ou recolhidos a menos aos cofres públicos. Observam que são estes os valores exigidos na autuação e que estes são o escopo do trabalho fiscal. Dizem que valores indevidamente recolhidos a mais devem ser objeto de processo específico de restituição cuja análise será feita pela Secretaria da Fazenda.

Conclusivamente dizem que: *Pelo exposto, não há porque acolher os argumentos da Defendente, mantendo-se integralmente, a Infração 02.*

Verifico que o impugnante ao tomar conhecimento da Informação Fiscal se manifestou consignando que os autuantes nada trouxeram de novo na sua Informação Fiscal, apenas alegação que o trabalho da Fiscalização baseia-se nas informações transmitidas pelos contribuintes e fornecedores nas notas fiscais de entrada e de saída, na escrituração fiscal digital, e nas normas legais estabelecidas, para efetuar os cálculos dos valores de ICMS eventualmente não recolhidos ou recolhidos a menos aos cofres públicos.

Constato também que os autuantes ao se pronunciarem sobre a Manifestação do impugnante consignaram que: *Da mesma forma, mantemos integralmente a nossa posição externada na 1ª Informação Fiscal (págs. 154 e 155), para não acatar as ponderações da Autuada.*

Verifica-se que nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, acostados às fls. 36 a 46 dos autos em papel, bem como em meio magnético (CD) à fl. 49, estes efetuaram os cálculos do imposto devido por produto, em cada nota fiscal, utilizando os critérios cabíveis.

Vale consignar que os próprios autuantes – em concordância com o alegado pelo impugnante – afirmam que não há obrigatoriedade de uma única forma de cálculo, haja vista que a legislação permite ao contribuinte optar pela forma que melhor lhe aprouver.

No tocante à alegação defensiva de que a Fiscalização deveria considerar os pagamentos excessivos, contrapondo-os aos insuficientes, cobrando apenas os valores não recolhidos aos Cofres Públicos, calculados no conjunto global dos períodos de apuração, coaduno com o entendimento manifestado pelos autuantes no sentido de que, os valores indevidamente recolhidos podem ser objeto de pedido específico de restituição, cuja apreciação será feita pela autoridade competente da Secretaria da Fazenda.

Diante disso, a infração 2 é subsistente.

Relativamente à arguição de inconstitucionalidade da legislação estadual e convênio, cumpre consignar que, a teor do art. 167, I do RPAF/BA/99 não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

No que tange à arguição defensiva de que a multa de 60% é desproporcional e confiscatória, cabe observar que referida multa encontra-se prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, valendo reiterar que não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo fiscal a declaração

de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Por derradeiro, observo que o pedido formulado pelo impugnante é para que o Presidente do CONSEF submeta à Colenda Câmara proposta para encaminhamento da matéria à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda Estadual, portanto, não cabendo a esta Junta de Julgamento Fiscal à sua apreciação, mas sim à Câmara de Julgamento Fiscal.

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 279115.0001/16-8, lavrado contra **PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.751.300,08**, 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, I, “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, 04 de maio de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR