

A. I. Nº - 210442.3003/16-0
AUTUADO - MEDIOLOG DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTE - ANA RITA SILVA SACRAMENTO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23.05.2017

5ª JUNTA DE JUGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-05/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. A base de cálculo do ICMS/ST – quando de responsabilidade do adquirente – deve ser calculada com base nos valores constantes da tabela de preços máximos de venda a consumidor final (PMC), que leva em consideração os valores usuais praticados no mercado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 12/09/2016, formaliza a exigência do ICMS no valor de R\$821.914,65, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7014/96, tendo em vista a seguinte acusação: *“Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação”*.

Cientificado do lançamento, o autuado ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 21 a 50, arguindo preliminarmente a nulidade do Auto de Infração por ausência dos requisitos essenciais para a validade do Auto de Infração afirmando que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, prevê aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Assim, o Regulamento do Processo Administrativo Estadual fixou as premissas de formalização de lançamento, conforme estabelecido art. 39, cujo teor transcreve.

Entende que os requisitos de formalização do Auto de Infração não foram fixados despropositadamente, pois são fruto da intenção de conferir aos contribuintes uma segurança jurídica e, principalmente, obedecer aos ditames constitucionais. Diz que o seu desatendimento gera a nulidade do Auto de Infração, conforme anuncia o art. 4º também do RPAF.

Diz que o efetivo conhecimento das infrações supostamente cometidas, os períodos em que teriam ocorrido, suas bases de cálculo e alíquotas, bem como os seus embasamentos jurídicos, não de ser expressamente formalizados no Auto de Infração, no momento de sua lavratura, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Explica que embora o art. 39 do RPAF determine, o Auto de Infração ora atacado não permite o pleno exercício do direito de defesa por parte da Impugnante, sofrendo prejuízo irreparável na apresentação de sua defesa, vez que o lançamento não está claro em relação ao(s) fato(s) gerador(es) que o originou. Nele, constam apenas dados referentes à qualificação da Impugnante, valor de supostos débitos e multa, sem, contudo, informar de forma cristalina como se obteve esses valores.

Assevera ainda ser nulo o auto de infração por não preencher os requisitos exigidos pela legislação em vigor, notadamente na questão da penalidade aplicável, além de, como será demonstrado, não haver qualquer fundamento para a aplicação de multa da forma como ocorreu.

Aduz que as citadas formalidades não são acessórias ou desprezáveis. São impositivas porque conferem aos administrados a segurança jurídica e a certeza legal do ato contra si imputado.

Conclui que toda a autuação versa sobre a aplicação de multa punitiva e deve ser aplicada em auto de infração claro, objetivo e determinado, porém não é o que se verifica no presente caso pois nem mesmo o fundamento legal da dívida foi claramente discriminado, sendo tão-somente indicada uma vasta relação de normas jurídicas, carecendo de uma conexão lógica entre si, restando clara a intenção de confundir a Impugnante.

Enfatiza que o que mais dificulta o pleno exercício da ampla defesa é a descrição da infração legal cometida pela Autuada e que gerou a autuação, pois a mesma é sucinta e pouco específica, impossibilitando a identificação da suposta conduta ilícita e como ocorreu a sua aferição.

Acrescenta estar evidente a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que a clareza do fundamento legal em que se baseia o débito deve constar obrigatoriamente do Auto, de forma a permitir o pleno exercício da ampla defesa, fato inobservado pelo Autuante.

Indaga como poderá a Impugnante exercer o direito da ampla defesa, se no lançamento do crédito exigido não foram observados os requisitos exigidos pela lei, sendo, pois, um procedimento administrativo omissivo e obscuro em relação aos fatos que deveriam determinar e fundamentar a exigência?

Fala sobre a atividade administrativa do lançamento que deve ser vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional e que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional. Transcreve ensinamento de Hely Lopes Meirelles sobre o tema.

Reafirma ser indevida a cobrança da contribuição, face à nulidade apontada e a violação do direito de ampla defesa da Impugnante citando jurisprudências referentes a decisões no sentido de que a falta de requisito formal implica em nulidade do ato.

Conclui que o Auto de Infração não foi lavrado de acordo com os ditames legais e com a realidade dos fatos, sendo as infrações imputadas totalmente improcedentes. A sua fundamentação é confusa, o que impossibilita o profícuo exercício da ampla defesa e do contraditório. Por tais razões, merece ser declarada, de plano, a sua nulidade.

No mérito, esclarece que a Impugnante, como distribuidora de medicamentos, submete-se ao regime de substituição tributária, recolhendo o ICMS seu e de toda a cadeia comercial subsequente, com base em uma pauta fiscal determinada pelo ente tributante, entretanto, para que a incidência do ICMS seja 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.

Com base na obra de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA afirma que a função da base de cálculo, portanto, é quantificar a prestação do sujeito passivo, devida desde o momento em que nasce o tributo com a ocorrência no mundo fenomênico do fato impositivo e ainda o de afirmar ou confirmar a natureza do tributo.

Aduz que o Regulamento do ICMS (RICMS/BA), art. 56, inciso I, reconheceu que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, porém, descambou em erro quando pretende se valer da substituição tributária para modificar o arquétipo legal do ICMS, alterando-lhe a base de cálculo para outra que não o valor da operação de fato. No caso concreto os valores cobrados a título de substituição tributária não correspondem aos valores efetivos da operação de transferência da mercadoria e que esta última de fato deve corresponder à base de cálculo da tributação.

Explica que a Emenda Constitucional nº 03 de 17.03.93, alterando a redação originária da Constituição Federal de 1988, introduziu o §7º ao artigo 150, inserindo no texto constitucional a figura da responsabilidade tributária por fato futuro, comumente conhecida como substituição tributária para frente e transcreve o disposto no §7º do art. 150 da Constituição Federal.

Após, afirma que este dispositivo legal distingue o tributo devido por substituto e substituído. No entanto, as operações que desencadeariam o recolhimento do ICMS pelos substituídos são fatos futuros e, portanto, passíveis de não acontecerem ou ocorrerem de modo diferente do que fora previsto.

Externa o entendimento de que somente se admite a adoção do regime da substituição tributária em relação a fato gerador que “deva ocorrer”, expressão que exige a perfeita configuração de uma etapa de um ciclo econômico, e não apenas a eventual possibilidade de existência de um evento futuro, em relação ao qual o evento presente não tenha uma vinculação funcional.

Aduz que por não haver efetivamente ressarcimento do substituto, de modo ágil, certo e eficaz, este acaba por pagar tributo de outrem, arcando com a carga tributária desmensurada e não compatível com sua real capacidade contributiva (revelada pelo fato imponível).

Entende que a manipulação da base de cálculo do ICMS – ainda que por Lei Complementar ou por Convênio entre os Estados – altera fatalmente a sua regra-matriz constitucional, deixando a impugnante sob o império da insegurança jurídica e da ofensa a seus direitos, e restando por instituir exação diversa daquela que o Estado é competente para criar, porque se desconfigurou o tributo. Não é por outra razão que o divórcio entre a hipótese de incidência e a base de cálculo – qual seja, o valor da operação – causa irremediável inconstitucionalidade e logicamente de improcedência desta autuação.

Pontua que tencionando atingir mais facilmente o consumidor final, verdadeiro contribuinte do ICMS, o legislador passou a lançar mão de uma presunção jurídica para o arbitramento da base de cálculo na substituição tributária, ao revés de buscar a realidade fática e o efetivo valor da operação de circulação e o uso de expressões “margem de lucro”, “valor agregado”, passou a ser corrente em diversas normas, a exemplo ilustrativo no Decreto-lei nº 406/68, Convênio ICMS nº 66/88 (art. 17), na LC 44/83, e, no caso analisado, no Convênio ICMS/CONFAZ 76/94.

Na sequência diz que passou-se a presumir, para casos arrolados e sujeitos à substituição tributária, que a mercadoria chegaria à ponta final da cadeia circulatória – consumidor final – a um determinado preço X. É a chamada pauta fiscal, que, mediante simples ato administrativo, fixa o “provável” preço final que uma determinada mercadoria alcançará, utilizando, assim, este valor hipotético como base de cálculo do ICMS.

Explica que as mercadorias comercializadas pela Impugnante possuem, para fins de determinação da base de cálculo, hipotéticos preços pré-definidos por autoridade competente batizados de Preços Máximos de Venda ao Consumidor (PMC). 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. O ICMS deve considerar o valor da operação e nunca um valor hipotético.

Diz que seja pelo PMC, seja pela MVA, quem erra na aplicação da base de cálculo é a Autuante e não esta Impugnante, haja vista que a incidência tributária não pode ser aplicada sobre presunção da ocorrência de fato gerador, inclusive já quantificado hipoteticamente, havendo uma séria e insustentável insegurança jurídica imputada aos contribuintes.

Alega que além das ofensas estruturais à regra-matriz do ICMS já mencionadas na defesa, também é absurda a determinação da base de cálculo utilizando-se o PMC. 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, dentre outros) e que não vigora mais.

No caso vertente, coube à Portaria nº 37/92 (arts. 2º, § 1º e 4º) do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento fixar a forma de cálculo para o preço máximo de venda ao consumidor de produtos farmacêuticos da linha humana, disponibilizadas para visualização em “listas”.

Pondera que conceder tal atribuição – qual seja, a definição do preço único ou máximo de venda de cada medicamento, para efeito do dimensionamento da base de cálculo do ICMS – a simples atos normativos infra legais, como a Portaria em referência, implica delegar ao Poder Executivo a fixação da base de cálculo desse tributo, e pelo princípio da estrita legalidade em matéria tributária, é imperativo que a base de cálculo do tributo esteja prevista em lei. Assim, a Portaria mencionada, como qualquer outro ato administrativo de categoria jurídica diversa, nunca poderia ser utilizada 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 aplica-se a alíquota do ICMS.

Destaca a latente incongruência, incerteza e instabilidade contida na própria norma que determina a utilização do PMC como critério quantitativo da base de cálculo do ICMS (art. 61, I do RICMS/BA) pois a norma admite, primeiro, a fixação OU a sugestão, e segundo, de preço único OU máximo. Assim entende haver um grau de incerteza jurídica submetida a impugnante.

Agrava-se mais esta situação quando confrontado com o nosso sistema constitucional que resguarda, por princípios gerais da atividade econômica, a livre iniciativa, a livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos (art. 170 e parágrafo único, CF/88), cujo teor transcreveu.

Frisa que a “liberdade de iniciativa econômica” é liberdade pública, no sentido de não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei e fala sobre o princípio da livre concorrência, segundo o qual a fixação dos preços de mercadorias não devem resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.

Informa que ao longo de todo o período autuado, já vinha atendendo o ônus da prova de fato modificativo do direito do Fisco de cobrar o ICMS, não sobre o PMC, mas sim sobre o efetivo e real valor da operação, ao declarar, em todas as obrigações acessórias (DME, Notas Fiscais, Livros Fiscais, Sintegra, dentre outros) os resultados de suas operações.

Para reforçar as razões da improcedência da autuação cita e transcreve jurisprudência do STF sobre o tema, concluindo ter demonstrado a ilegalidade e a inconstitucionalidade da autuação fiscal em face da consideração do PMC como base de cálculo do ICMS, devendo ser o auto de infração julgado improcedente.

Passou em seguida a arguir a confiscatoriedade da multa aplicada, considerando a sua manifesta contrariedade aos princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco. Cita e transcreve o Art. 150, inciso IV da CF/88 além de jurisprudência do STF a este respeito, sustentando que, neste sentido, resta claro e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual deve ser corrigida, como ora se requer.

Após falar sobre a definição das três espécies de juros existentes, quais sejam, indenizatórios, remuneratórios ou moratórios diz que não pode o Fisco reclamar o pagamento dos juros de mora sobre tributos vencidos, calculado por taxas de juros de natureza remuneratória, sob pena de ofensa ao conceito jurídico e econômico de juros moratórios, e de ferir o mandamento contido no § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional, que transcreveu. A este respeito transcreve ensinamentos da jurista MARIA HELENA DINIZ, em seu livro “*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*” e recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Acórdão que transcreveu, reconhecendo a inconstitucionalidade da cobrança de juros de mora com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, assim como decisões semelhantes esposado pelos Tribunais de Justiça, ressaltando que uma suposta impossibilidade de apreciação, em sede administrativa, de inconstitucionalidade da legislação que fundamenta a exigência fiscal não pode ser aceita pois tal entendimento não encontra respaldo na mais abalizada doutrina recentemente professada pelos mais festejados mestres, a exemplo do voto do Conselheiro Adelmo Martins Silva, no acórdão nº 108-01.182, da 8ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Por fim requer a nulidade do Auto de Infração. Caso não seja este o entendimento, requer a Improcedência do Auto de Infração *em face de inexistência de fundamentos legais a respaldar a imputação tributária*.

A autuante presta informação fiscal, fls. 72 a 77, e se manifesta afastando a nulidade arguida pelo contribuinte prestando os seguintes esclarecimentos:

- I. Consta nos autos às fls. 01 e 02, detalhamento do teor da infração cometida, data de ocorrência, base de cálculo, alíquota, multa e valor lançado, tais elementos fulminam a pretensão alegada pela defesa;
- II. Consoante determina o RPAF, consta nos autos, de forma impresso, à fl. 07, resumo sintético mês a mês dos valores calculados por ICMS-ST, valores recolhidos, valores parcelados e diferença a recolher, as quais foram lançadas no auto de infração;
- III. Consta nos autos, em mídia (CD), demonstrativo do ICMS-ST, com memória de cálculo totalizando por mês de apuração, por nota fiscal (demonstrativo com 61 páginas) e como também por cada item da nota fiscal (demonstrativo com 720 páginas). Evidentemente, dado o número elevado de páginas, tais demonstrativos não foram impressos, pois que, em formato digital, sobremaneira a defesa tem maiores condições de exercer seu mister com maior plenitude;
- IV. Consta também nos autos, em mídia (CD), conforme determina o RPAF, arquivo em formato editável (em EXCELL), visando, repito, objetivar a defesa exercer com plenitude seu mister constitucional.

Após, no que diz respeito aos pontos alegados pela defesa diz que:

- a)** “...o Auto de Infração ora atacado não permite o pleno exercício do direito de defesa por parte da Impugnante...”

Dado a generalidade do item em apreço, informamos que segundo o RPAF, o auto de infração far-se-á acompanhar: Art. 28, § 4º II – “dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido”. Informamos que constam nos autos à fl. 07 e em mídia (CD) todos os demonstrativos que dão suporte ao lançamento fiscal e que o contribuinte tomou ciência na data de 04/10/2016 (doc. Fl. 18).

- b)** “...o lançamento não está claro em relação ao(s) fato(s) gerador(es) que o originou.”

Analisando este item, podemos concluir que a defesa, na ausência de argumentos sólidos e que podem efetivamente discutir o auto de infração ora objeto desta lide, apela para questões do tipo de não saber o “fato gerador” o qual motivou a lavratura do auto de infração.

Por demais lembrar ao nobre causídico, que o contribuinte opera com distribuição de medicamentos e demais produtos elencados no Convênio 76/94 (Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos), os quais, segundo a legislação do Estado da Bahia, estão sujeitos a Antecipação Tributária por Substituição, inclusive, o demonstrativo anexo aos autos às fls. 07, demonstra de forma cristalina a Substituição tributária a recolher.

Posto isso, não procede tal alegação.

- a)** “Nele, constam apenas dados referentes à qualificação da Impugnante, valor de supostos débitos e multa, sem, contudo, informar de forma cristalina como se obteve esses valores.”

Os valores lançados no auto de infração decorrem do cálculo da substituição tributária efetuados conforme determina o Regulamento do ICMS e do Convênio ICMS 76/94 tendo como base as notas de entradas do contribuinte. Quanto à memória de cálculo, frisamos de forma insistente que consta nos autos, mídia (CD) em formato editável com planilha do cálculo do ICMS – ST como também planilha em formato PDF com tais valores.

- b)** “...por não preencher os requisitos exigidos pela legislação em vigor, notadamente na questão da penalidade aplicável...”
“...não haver qualquer fundamento para a aplicação de multa da forma como ocorreu.”

O contribuinte não adentra de forma específica qual efetivamente o requisito exigido pela legislação quanto à penalidade aplicável foi descumprido. Por demais salienta que as penalidades estão perfeitamente descritas no corpo do auto de infração e segue regramento definido no art. 42 da Lei 7.014/96.

Ademais, quanto à falta de fundamentação da autuação em dispositivo específico, observa que o erro na capitulação legal do fato não gera como consequência a nulidade do Auto de Infração, quando evidente o enquadramento legal pela descrição dos fatos. Fundamenta-se no art. 19 do RPAF-BA.

Posto isso, não subsiste, a arguição de nulidade do procedimento fiscal, pois se encontra fartamente lastreado em prova documental, possibilitando que o sujeito passivo exerça plenamente o seu direito de defesa.

Assim, no que concerne ao aspecto formal, o lançamento fiscal está revestido de todas as formalidades legais, podendo, o autuado, exercer a ampla defesa e o contraditório, além disso, o mesmo recebeu cópia do Auto de Infração com todos os papéis de trabalho, pois claramente se defendeu, demonstrando, expressamente, que teve e tem conhecimento das infrações a ele imputadas, afastando assim qualquer arguição de nulidade do Auto de Infração.

No mérito, após resumir os argumentos defensivos conclui que o mesmo tem ciência e consciência da metodologia de cálculo do ICMS-ST oriunda do Convênio ICMS 76/94 e do Regulamento do ICMS, porém a contesta por entender que tal metodologia afronta a Constituição federal, Jurisprudência consolidada do STJ bem como doutrina de renomados juristas citados na peça defensiva.

Quanto a este aspecto, o RPAF/BA determina no art. 167 que “Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade;”

Quanto à questão da utilização do PMC (preço máximo de venda a consumidor) no cálculo da substituição tributária dos produtos farmacêuticos elencados no Convênio ICMS 76/94, o CONSEF já tem jurisprudência consolidada há mais de 15 anos, conforme decisões que transcreveu.

Conclui que no mérito o auto de infração deve ser mantido integralmente.

Quanto à alegação de cobrança de multa com caráter confiscatório afrontando as garantias constitucionais e a impossibilidade de utilização da taxa de juros moratórios assevera que tais argumentos não devem prosperar haja vista a determinação do RPAF, onde diz no art. 167 que: “Não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade;”.

Conclui opinando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado com a observância dos requisitos constantes do art. 39 do RPAF/99, Decreto 7.629/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Nesse teor, a descrição da infração, constante no Auto de Infração está clara e objetiva, faz-se acompanhar da indicação dos dispositivos infringidos, bem como dos Demonstrativos de Apuração do ICMS Antecipação Total, contendo a descrição das notas fiscais, ICMS ST calculado, o recolhido e a Diferença que está sendo exigida, para cada documento fiscal, no período de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012.

Constato que as cópias, em meio magnético, dos referidos demonstrativos foram enviadas e entregues ao contribuinte via correios, conforme atesta o Aviso de recebimento assinado pelo preposto da empresa anexado à fl. 18, situação esta que possibilitou ao autuado exercer sua defesa da forma mais ampla possível, incorrendo qualquer tipo de cerceamento de defesa ou qualquer outro prejuízo ao autuado.

Assim sendo, não acolho os argumentos de nulidade apresentados pelo autuado e, em vista disto, passo ao exame do mérito.

A controvérsia restringe-se à metodologia a ser utilizada para efeito de cálculo da antecipação tributária uma vez que no entender do autuado deve ser utilizado o valor da operação que difere do cálculo levado a efeito pelo autuante que utilizou para tal fim o Preço Máximo de Venda ao Consumidor (PMC).

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), pois afronta a Constituição federal e jurisprudência consolidada no STF.

Em relação à suposta inconstitucionalidade da legislação estadual alegada pela defesa, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

No tocante à alegação de ilegalidade da legislação estadual, ressalto que o art. 167, III, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Dito isto, verifico que o autuante seguiu ao preconizado na legislação 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.

Com isso, apesar de respeitar os argumentos jurídicos apresentados pelo defendente, inclusive com citações de julgamentos oriundos de Tribunais Superiores, não vejo como aceitá-los, pois as decisões mencionadas pela defesa não possuem efeito vinculante.

De fato, o Convênio ICMS 76/94 o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, determina, em sua Cláusula Segunda que: *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.*

No mesmo sentido, o § 10º, inciso III do art. 289 do RICMS/12 assim determina:

“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:

III - medicamentos;”

Desse modo, o autuante seguiu ao preconizado na legislação de regência ao utilizar o Preço Máximo de Venda ao Consumidor – PMC para encontrar a base de cálculo utilizada para efeito de exigir do contribuinte o imposto recolhido a menor, conforme a auditoria fiscal realizada.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Do mesmo modo, não se sustenta o argumento defensivo atinente aos juros de mora, pois os acréscimos moratórios estão expressamente previstos no art. 102 do COTEB, não cabendo a discussão da sua legalidade ou constitucionalidade.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210442.3003/16-07** lavrado contra, **MEDILOG DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$821.914,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2017.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR