

PROCESSO - A. I. Nº 273307.0008/12-6
RECORRENTE - DIVICOM PHARMA PRODUTOS FARMACÊUTICOS NORDESTE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0110-02/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/08/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0156-11/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. MERCADORIAS RELACIONADAS NO CONVÊNIO ICMS 76/94. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Acata-se a apurado da diligência efetuada, e, considera-se impossível a recuperação dos valores recolhidos a mais, em razão do princípio da decadência. Ao estabelecer a Conta Corrente do tributo, resultou devido ao Recorrente uma diferença a pagar no mês de Agosto de 2009, que se reconhece como procedente para cobrança do ICMS Substituição Tributária. Rejeitadas as alegações de nulidade. Indeferidos os pedidos de perícia e de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face da decisão proferida pela 2ª JJF, através o Acórdão JJF nº 0110-02/14, que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28.09.2012, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01

Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor histórico: R\$478.067,40.

Após analisar a peça defensiva inicial, fls. 0092 a 0108, a primeira Informação Fiscal, fls. 0512 a 0519, a primeira Manifestação da autuada, fls. 0547 a 0550, a segunda Manifestação da autuada, fls. 0569 a 0572 e a segunda Informação Fiscal, fls. 761 a 763, assim se pronunciou a 2ª JJF:

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 02 (duas) infrações.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade, 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.

Não acolho as preliminares de nulidade arguidas pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, uma vez que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico, tendo acostado os seguintes levantamentos: às fls. 04 e 05, resumo mês a mês dos valores autuados; à fl. 11, resumo do ICMS retido e não recolhido (exercícios de 2009 e 2010), de acordo com os Anexos 1 e 2 (fls. 12 a 46), que discriminam as operações de vendas através de NF-e para este Estado, bem como os recolhimentos efetuados por intermédio das GNRE's; às fls. 47 a 48, demonstrativo do ICMS não retido no exercício de 2008, relativo às notas fiscais anexadas às fls. 49 a 83 e às fls. 84 a 86, demonstrativos analíticos do ICMS não retido nos exercícios de 2009 e 2010, que trazem informações de cada Nota Fiscal, item a item, alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada e reduzida e o ICMS-ST encontrado.

Em relação a alegação defensiva de cerceamento ao direito de defesa, pois não teria recebido cópias dos demonstrativos fiscais, a mesma não pode ser acolhida, uma vez que consta nos autos às folhas 89 e 90 os

comprovantes de entrega dos referidos demonstrativos, os quais foram gravados em CD, igualmente entregue ao sujeito passivo.

De igual modo, também foi entregue ao autuado os demonstrativos revisados acostados às folhas 520 a 530 e CD à folha 531, conforme Termo de Intimação e recibo às folhas 544 e 545.

Relativamente ao argumento de ilegitimidade passiva, não cabe acolhimento, uma vez que a empresa autuada é empresa distribuidora de medicamentos, sendo contribuinte não inscrito no Estado da Bahia, tendo como atividade a distribuição de produtos farmacêuticos, estando, portanto, sujeito à substituição tributária nas suas operações mercantis para este Estado, pois o Estado da Paraíba é signatário do Convênio ICMS 76/94.

A responsabilidade do autuado independe de inscrição estadual, fato que é reconhecido pelo próprio sujeito passivo, o qual, apesar de se encontrar em outra Unidade da Federação, vem efetuando a retenção do ICMS-ST, como Substituto Tributário, por entender que o Estado da Paraíba é signatário do Convênio ICMS 76/94.

Observo que o Regulamento do ICMS estabelece em seu artigo 370 que nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto na subseção do RICMS e nos Convênios e Protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas.

A obrigação do recolhimento do ICMS Substituição Tributária pelo autuado decorre por força do disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93, a qual estabelece que nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Em referência ao argumento de falta de obrigatoriedade de inscrição neste Estado, entendo que o autuado é contribuinte, independente do fato de ser inscrito neste Estado, ficando obrigado a reter e recolher o ICMS ST por comercializar produtos enquadrados no Convênio 76/94. Como já dito acima, o autuado é empresa Atacadista e, por não ser fabricante ou importador, está fora da possibilidade de se abrigar na condição de sujeito passivo e sim de responsável. Portanto, a “não aplicabilidade” da Substituição Tributária, conforme inciso II, cláusula quinta do Convênio 81/93 (Normas Gerais) também não se aplica neste caso, pois a sua aplicabilidade restringe-se exclusivamente aos “Importadores” e “Industriais Fabricantes”.

No tocante a alegação de inexistência de enquadramento legal, que segundo a defesa o disposto no caput do art. 49, da Lei Estadual nº 7.014/96 que autoriza o Poder Executivo a ratificar os convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional, porque o Poder Legislativo não pode delegar matéria de sua competência privativa, devo ressaltar que a questão de inconstitucionalidade já foi afastada no início do presente voto.

Quanto ao argumento de ilegitimidade da ABCFARMA como órgão competente para estabelecer PMC, também não pode ser acolhido, pois a referida entidade apenas divulga os estabelecidos pelos próprios fabricantes através de Revistas especializadas e pelo site (Internet) ao público, razão pela qual não concordo com a defesa de que os julgamentos do CONSEF estariam equivocados.

Relativamente a alegação defensiva de falta de apresentação das Tabelas de Preços da ABCFARMA, a mesma não é causa de nulidade, uma vez que se trata de listas de preços de livre acesso ao público, encontrando-se em quaisquer drogarias e farmácias e publicada na internet. Ademais, o autuante apresentou os referidos documentos em meio magnético à folha 531 dos autos, o qual foi entregue o autuado, fls. 544 e 545.

Cabe registrar que o sujeito passivo, após receber o CD com a referida tabela, não mais se manifestou sobre o tema. Ademais, sendo o autuado uma empresa que atua no ramo de medicamento pressupõe o amplo conhecimento da mesma.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Superadas as questões preliminares, passo ao exame do mérito da autuação.

Na infração 01, é imputado ao autuado ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para

contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Em sua defesa o sujeito passivo assegura que os valores foram efetivamente recolhidos, acostando cópias de GNRE's, demonstrativos com a apropriação dos valores dentro do mês. Salienta que o autuante apropriou notas fiscais em um determinado mês e não observou que o pagamento foi realizado no mês seguinte.

Em sua informação fiscal, o autuante ressalta que todas as notas mencionadas pela defesa estão elencadas nos Anexos 2 (recolhimentos efetuados pelo contribuinte), à exceção, todavia, das notas fiscais que foram recolhidas por outros contribuintes, a exemplo das NF's nºs 407 e 410 - Distrifar Nordeste Ltda – CNPJ 08.059.688/0001-97, conforme docs. às fls. 126 e 130; NF's nºs 851, 959, 990, 1105 – Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda. – CNPJ 61.940.292/0055-20 (fls. 141, 148, 151 e 154), dentre outras.

Entendo que o procedimento da fiscalização em não considerar recolhimentos realizados em nomes de outras empresas, distintas da empresa autuado, foi correto. Não resta dúvida que a obrigação do recolhimento do ICMS Substituição Tributária é da empresa autuada, conforme disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93. Logo, a empresa autuada é a responsável pela a retenção e recolher o ICMS ST, por comercializar produtos enquadrados no Convênio 76/94, cujo estado da Paraíba é signatário, mesmo não tendo inscrição no Estado da Bahia, conforme já analisado nas preliminares.

Por outro lado, a empresa que efetuar incorretamente recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia poderá a qualquer tempo, através de processo regular, solicitar a restituição do referido valor.

Concordo também com o autuante de que não há vínculo legal entre as informações complementares da GNRE com o imposto devido, pois é necessário que o pagamento seja feito em nome do autuado (Campo 16 da GNRE), e seu CNPJ (Campo 03).

Relativamente às demais notas citadas pelo sujeito passivo, constatei que as mesmas tiveram seu recolhimento devidamente considerados no Anexo 2, a exemplo das NF's 703 e 704 (fl.32); NF's 930, 933 939 (fl. 33); Nf's 2285, 2303 a 2307 (fl. 36); NF 3644 (fl. 39). Fato que não foi mais contestado pelo autuado em suas manifestações defensivas após o recebimento da informação fiscal.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de cancelamento das Notas Fiscais nºs 3549 e 3550, uma vez que o autuado não apresentou prova do alegado. Ademais, as mesmas aparecem como autorizadas nos arquivos de NFe – Anexo 1, fl. 23 dos autos.

Acolho o argumento defensivo de que a ação fiscal apropriou notas fiscais em um determinado mês e não observou que o pagamento foi realizado no mês seguinte. Fato que foi reconhecido pelo próprio autuante, o qual elaborou novos demonstrativos às fls. 520 a 529, com as correções devidas, as quais acato integralmente.

Logo, a infração 01 é parcialmente procedente, no valor de R\$467.613,95, conforme planilha à folha 530 dos autos.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter deixado de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Em sua defesa, o sujeito passivo assegura que o adquirente recolheu o ICMS devido, conforme provas acostadas ao presente processo. Como exemplo, cita as notas fiscais: 73, 119, 374, 375, 376, 708, 810 e 815, cujos valores teriam sido recolhidos pela DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA. Trata-se de alegação que já foi analisada na infração 01 e não foi acolhida. Portanto, entendo que não é capaz de elidir a infração, pelos motivos alinhados na infração anterior.

Alegou, ainda, a defesa que a fiscalização calculou o valor do ICMS, aplicando PMC incorreto, a exemplo da Nota Fiscal de nº 344 de 16/01/2009 que foi apurado o valor de R\$127,34, como valor não retido, e aplicando-se o PMC correto do produto o valor seria de R\$270,07.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acatado, uma vez que restou comprovado, fato que o autuante reconheceu que os valores exigidos deveriam ser excluídos da autuação, uma vez que as notas fiscais ali mencionadas, fls. 84 a 86, já foram objeto de cobrança na infração 01.

Logo, a infração 02 é parcialmente procedente, no valor de R\$80.955,86, conforme planilha à folha 530 dos autos.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO
1	PROCEDENTE EM PARTE	467.613,95
2	PROCEDENTE EM PARTE	80.955,86
TOTAL		548.569,81

Ciente da decisão proferida pela 2ª JJF, inconformada, a Recorrente apresentou Recurso

Voluntário, buscando elidir o que lhe foi imputado, pugnando pela improcedência da infração.

De início a Recorrente afirma estar a sua peça recursiva dentro do prazo legal estabelecido pelo RPAF nos artigo 169, “b” e 171, portanto apta a ser analisada e julgada por uma das Câmaras de Julgamento deste Conselho.

Em sequência a Recorrente aborda o julgamento proferido pela 2ª JJF, fazendo um relato do Auto de Infração, afirmando ser profundamente lamentável o não reconhecimento das provas, que afirma, acostou ao processo, assim como as provas materiais que apresentou, em especial a comprovação dos recolhimentos efetuados.

Destaca a Recorrente como absurda a decisão no julgamento de piso, destacando a afirmativa abaixo transcrita:

“Entendo que o procedimento da fiscalização em não considerar recolhimentos realizados em nome de outras empresas, distintas da empresa “autuada”, foi correto. Não resta dúvida que a obrigação do recolhimento do ICMS Substituição Tributária é da empresa autuada, conforme disposto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93. Logo, a empresa autuada, é a responsável pela retenção e recolher o ICMS ST, por comercializar produtos enquadrados no Convênio 76/94 cujo Estado da Paraíba e signatário, mesmo não tendo inscrição no Estado da Bahia, conforme já analisado nas preliminares.

Por outro lado, a empresa que efetuar incorretamente o recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia poderá a qualquer tempo, através de processo regular, solicitar a restituição do referido valor”.

Afirma a Recorrente que a decisão proferida contém gritantes inconsistências e visível falta de reconhecimento da verdade material, como relata:

Constatem os senhores a gama de conceitos equivocados desta decisão:

- 1- *O princípio da verdade material foi desconsiderado, eis que o imposto foi recolhido em nome do destinatário.*
- 2- *Restou comprovado que o Estado da Bahia recebeu o ICMS exigido na infração 01, e o fisco está cobrando o tributo em duplicidade.*
- 3- *Existe nítido enriquecimento ilícito do Estado da Bahia eis que exige imposto que já está recolhido aos Cofres Públicos.*
- 4- *A própria Lei 7014/96, determina a responsabilidade solidária nas operações interestaduais com produtos enquadrados na substituição tributária por antecipação em virtude de Convênio ou Protocolo, na hipótese em que o remetente não possua inscrição estadual ativa como contribuinte substituto tributário, in verbis:*

Lei 7014/96:

Art. 6º (...)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Em seguida a Recorrente afirma em relação ao que venha a ser “responsabilidade solidária” que a mesma não implica em “cobrar o imposto” de ambos os agentes da operação, e sim, apenas de um ou de outro.

Comenta a Recorrente, em se tratando do pedido de restituição sugerido pela 2ª JJF, a dificuldade em se processar tal pedido junto ao Estado da Bahia, discorrendo:

Ademais dizer que a empresa que efetuar incorretamente o recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia poderá a qualquer tempo, através de processo regular, solicitar a restituição do referido valor é outro disparate, como se esse procedimento fosse muito fácil e que o Estado da Bahia restitui o imposto recebido duplamente de forma célere. Todos sabemos que os Estados são eficientíssimos para cobrar e são excelentes nessa tarefa de credores e péssimos pagadores. Prova é que os precatórios judiciais continuam se acumulando em valores astronômicos e impagáveis.

Afirma a Recorrente ser bastante cômodo exigir-se o pagamento do tributo do autuado, através lançamento de ofício, com base na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 81/93 e induzir que o mesmo a “se virar” junto ao cliente para recuperação do valor pago, destacando que a Cláusula Segunda do Convênio 81/93 não determina, em nenhum momento, a cobrança do imposto em

duplicidade.

Aduz que, muito embora o recolhimento do ICMS ST tenha sido efetuado em nome dos clientes a quem se destinavam os produtos comercializados, o Estado da Bahia não deixou de receber os valores que lhe eram devidos.

Como ocorreu em sua peça defensiva inicial, a Recorrente volta a pugnar pela preliminar de nulidade da autuação, dividindo a sua argumentação em fases de provas e argumentos que apresenta, sendo a:

1^a PRELIMINAR DE NULIDADE:

Da impossibilidade de o autuado figurar no polo passivo da relação jurídico tributária.

Justifica a Recorrente que a Lei nº 7.014/96 estabelece no artigo 6º:

Art. 6º (...)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

No caso presente, afirma a Recorrente, não obteve inscrição estadual na condição de Contribuinte Substituto junto à SEFAZ BAHIA, não podendo, por isso, figurar como polo passivo da relação jurídico tributária e que a exação fiscal deve ser cobrada dos adquirentes das mercadorias, portanto, recaindo sobre estes a responsabilidade pelo recolhimento, por força do que determina a legislação estadual, o que em realidade ocorreu, conforme provado nos autos do processo.

Sequenciando, a Recorrente apresenta a:

2^a PRELIMINAR DE NULIDADE:

Da inexistência de enquadramento legal por infração em cláusulas de Convênio sobre substituição tributária.

O ICMS, quando se trata de Convênios ou Protocolos, no âmbito do CONFAZ, afirma que, os Estados signatários podem, ou não, homologá-los mediante a sua absorção através da lei aprovada em suas Assembleias Legislativas, destacando o papel do COTEPE – Comissão Técnica Permanente do ICMS no tratamento dos assuntos técnicos.

Ainda de relação à vigência dos Convênios ICMS faz menção ao Convênio ICMS 133/1997, que estabelece os prazos para homologação dos convênios por parte dos Estados signatários, informando ser de 10 dias, para publicação no Diário Oficial da União, e de 15 dias, para que os Estados, mediante decretos, os homologuem, sendo que em caso de assim não ocorrer, é determinada a homologação tácita.

Continuando sua descrição a respeito de Convênios, discorre a Recorrente a respeito das condições para rejeição, afirmando:

Considera-se rejeitado o convênio que não for, expressa ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo:

I – de todos os Estados e do Distrito Federal, na hipótese de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais referidos no artigo 1º da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975;

II – de quatro quintos dos Estados e do Distrito Federal, na hipótese de revogação total ou parcial desses benefícios;

Salienta a Recorrente que, muito embora recepcionado em suas legislações, os Convênios e Protocolos, por si só, “não possuem o condão de obrigar ao contribuinte substituto ou substituído de seguir as suas regras, ou seja, não são normas congentes.”

Sequenciando, define o que venha a ser “norma congente”, que define “como aquela que constrange, a que se aplica, tornando seu cumprimento obrigatório de maneira coercitiva”.

Afirma que em caso de não ocorrer a aprovação através das Assembleias Legislativas dos Estados, as regras que os mesmos contêm, não possuem força coercitiva para que os contribuintes as

obedeça.

Ocorre que o Estado da Bahia, através a sua Assembleia Legislativa, através a Lei nº 7.014/97, delegou ao Poder Executivo a prerrogativa de firmar convênios, e, inclusive, regulamentá-los, como explicitado no artigo 49:

“Art. 49. Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar e ratificar convênios para concessão e revogação de isenção, redução de base de cálculo, manutenção de crédito, concessão de crédito presumido e demais favores, incentivos ou benefícios fiscais de deliberação sujeita à competência do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).”

Destaca a Recorrente, de relação a esta prerrogativa concedida pela Assembleia Legislativa ao Poder Executivo, que o STF, por votação unânime, deferiu medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.296, contra Lei Estadual nº 11.205/95, do Estado de Pernambuco, que suspende a eficácia dessa lei, que outorga ao Poder Executivo a prerrogativa de dispor, normativamente, sobre matéria tributária, “por ofensa ao princípio da reserva absoluta de lei em sentido formal”, nas palavras do Relator, Ministro Celso de Mello.

Em relação a esta ADIN, destaca a Recorrente trecho da manifestação do Relator, como abaixo:

“A essência do direito tributário – respeitados os postulados fixados pela própria Constituição – reside na integral submissão do poder estatal a “rule or law.”

“A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustável aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da República, qualifica-se como decisivo instrumento de garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais.

(...)

“O legislador, em consequência, não pode deslocar para a esfera institucional de atuação do Poder Executivo – que constitui instância juridicamente inadequada – o exercício do poder de regulação estatal incidente sobre determinadas categorias temáticas como: (a) a outorga de isenção fiscal, (b) a redução da base de cálculo tributária, (c) a concessão de crédito presumido e (d) a prorrogação dos prazos de recolhimento dos tributos -, as quais se acham necessariamente submetidas, em razão de sua própria natureza, ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal.”

Considerando o acima relatado, afirma a Recorrente, o Auto de Infração em lide está eivado de nulidade, não podendo prosperar.

Em sequência, a Recorrente apresenta a:

3ª PRELIMINAR DE NULIDADE:

Possibilidade e obrigatoriedade de inscrição estadual pela sociedade em cada Estado Brasileiro

Questiona a Recorrente o fato de uma empresa estabelecida em determinado Estado da Federação efetuar comercialização de produtos sujeitos à substituição tributária, a partir do seu Estado de origem para outros estados, se estaria este contribuinte obrigado a se inscrever na condição de Contribuinte Substituto em todos os Estados.

Afirma que tal obrigatoriedade existe em vinte e um estado da federação, que determinam em seus Regulamentos, sendo que em seis, Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Pará, Piauí e Roraima, esta obrigatoriedade não existe, ficando a concessão da inscrição a critério das autoridades fazendárias locais.

Em não existindo esta obrigatoriedade de inscrever-se nestes estados, recorrem os contribuintes dos demais estados quando para eles remetem mercadorias à utilização da GNRE, ou, como no caso do Estado do Espírito Santo, à DUA.

Afirma a Recorrente que inscrever-se nos estados de destino acarreta além da obrigatoriedade própria do recolhimento dos tributos, ao atendimento a uma série de obrigações acessórias que tornam difícil esta postulação, pois, em realidade, se equiparam aos contribuintes locais.

Aduz a Recorrente: *“Pode-se perceber que tais obrigações acessórias implicam aumento de*

custos e responsabilidades, necessidade de acompanhamento da legislação local, contratação de assessores locais, manutenção de escrituração fiscal, dentre outros.”

Afirma mais ainda a Recorrente: “*Nessa esteira, o contribuinte autuado não teve interesse em solicitar inscrição estadual na Bahia, até mesmo por não ser obrigatória, e deixar que o recolhimento do tributo devido por substituição tributária fosse de responsabilidade do adquirente no Estado da Bahia.*”

Dando seguimento à sua peça recursiva, a Recorrente, apresenta a:

4^a PRELIMINAR DE NULIDADE:

Da ilegitimidade da lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor

Analizando a utilização da lista de preços publicada na Revista da ABCFARMA, informa a Recorrente ser esta entidade, fundada em 30 de outubro de 1959, entidade de defesa dos interesses das empresas comerciais, tendo caráter unicamente empresarial, sem atribuições para estabelecer padrões de tributação de tributos, sendo que sua tabela tem o caráter tão somente orientativo.

Afirma a Recorrente que a determinação para definir a base de cálculo do ICMS está contida na Lei Complementar 87/96, que assim expressa:

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

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

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

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

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

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

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

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

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

Não sendo a ABCFARMA entidade capacitada legalmente para estabelecer preços máximos de venda ao consumidor, não tem como se entender a existência de obrigatoriedade de sua tabela, dirigida a “distribuidores e varejistas” ser seguida por industriais e importadores, afirma a Recorrente.

Ainda de relação à nulidade de utilização da tabela publicada pela ABCFARMA, questiona a Recorrente:

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

Ainda tratando da pretensão de nulidade do Auto de Infração, a Recorrente apresenta a:

5^a PRELIMINAR DE NULIDADE:

DA FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS TABELAS DE PREÇOS DA ABCFARMA

Tendo o imposto reclamado como fatos geradores os ocorridos no período compreendido entre 31 de maio de 2008 e 31 de dezembro de 2010, afirma não haver o autuante entregue, quando da

fiscalização, as tabelas de preços vigentes nestes períodos, destacando:

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

Encerradas as argumentações recursivas relativas à pretensão de nulidade do Auto de Infração, a Recorrente adentra ao mérito da mesma, apresentando suas contestações e razões de recurso.

Afirma a Recorrente, tratando da infração 01 que os documentos acostados ao processo comprovam, inequivocamente, que os valores reclamados na autuação foram todos recolhidos, por ela, em nome dos destinatários, por solicitação destes que buscavam não assumir a responsabilidade solidária nos recolhimentos, prevista na Lei nº 7.014/96, no artigo 6º, o que afinal configurou-se.

Informa que as planilhas acostadas aos autos estão assim definidas:

- 1- *Coluna 1: O nome do cliente adquirente.*
- 2- *Coluna 2: O valor do ICMS ST exigido pela fiscalização.*
- 3-*Coluna 3: O pagamento do ICMS ST pelo autuado*
- 4-*Coluna 4- O pagamento do ICMS ST em nome dos destinatário*

Complementa afirmando:

Os demonstrativos se referem aos exercícios de 2009 e 2010, e confrontados com o levantamento do autuante às folhas 529 e 530 dos autos, mostra inequivocadamente que inexiste ICMS ST a pagar pelo impugnante.

Destaca ainda a Recorrente que ao imputar uma penalidade da ordem de 150%, sem a devida conferência do tanto ocorrido, a fiscalização incorreu em erro que deve ser imediatamente corrigido para evitar danos financeiros, que não poderiam ser compensáveis.

Afirma que o imposto, tempestivamente recolhido através as GNREs apensadas ao processo adicionadas dos valores recolhidos a título de Antecipação, confirmadas pelo preposto autuante através consulta efetuada junto ao SIGAT, confirma a improcedência total da autuação.

Destaca ainda a Recorrente o fato de ter ocorrido recolhimento referente a notas fiscais recebidas em determinados meses e cobrado o tributo no mês da sua emissão, por falta de verificação correta pelo preposto autuante, como demonstrado nas planilhas acostadas ao processo, destacando que o imposto a recolher é composto do pagamento reconhecido, menos as notas fiscais pagas em um determinado mês o que não foi considerado pelo autuante.

Cita como exemplo os recolhimentos efetuados em nome da Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz, através GNREs, que não foram consideradas pelo autuante.

Apresenta planilha demonstrativa do que afirma como abaixo:

Mês	Valor de ST apurado	Pagto reconhecido	Saldo a apropriar	Nfe nºs	Pagto realizado (GNRE)
Jan 2009	27.264,95	15.131,24	12.133,71	407 e 410	12.133,71
Março 2009	8.846,61	-	8.846,61	851	8.846,61
Abr 2009			718,00	959	718,00
Maio 2009	101.038,05	51.175,99	49.862,06	1214,1215,1314 1318,1372,1415	a 49.862,06
Junho 2009	78.379,84	63.204,45	15.175,39	1605,1701, 1739	13.824,41*
Julho 2009	100.347,18	82.065,01	18.282,17	1852,1935,1936, 1971,1973,1974,2034	16.801,37**
Out 2009	86.495,29	50.155,04	36.340,25	2688,2723,2724,2725,2758,288 2	42.544,28
Jan 2010	28.461,27	18.278,51	10.182,76	3549,3550,3644	10.182,76

**nota fiscal 1551- cancelada*

*** nota fiscal 2077 paga em agosto de 2009: R\$1.680,80 (03/08/2009)*

Analizando a infração 02, afirma a Recorrente que a mesma não subsiste por haver efetuado o recolhimento do tributo reclamado conforme provas anexadas ao processo, pelo que pugna por

diligência para comprovação do que afirma.

Contesta a Recorrente as multas aplicadas por entender serem inconstitucionais, destacando a constância com que os órgãos fiscalizadores ferem os princípios constitucionais, extrapolando o seu direito de tributar e penalizar.

De relação ao caráter confiscatório das impostas, destaca a Recorrente:

Assim, é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada. Nela foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país.

Tais multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normal multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito.

Complementa sua argumentação transcrevendo atitudes adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, como abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 91.707: “ICMS. REDUÇÃO DE MULTA DE FEIÇÃO CONFISCATÓRIA. Tem o STF admitido a redução de multa moratória imposta com base em lei, Quando assume ela, pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória. Dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recurso Extraordinário não conhecido. Votação unânime.” RT J 96/1354. relator: Moreira Alves (grifos nossos).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 81.550: “1. ICMS. Cooperativa de consumo. incidência do tributo desde o advento do decreto-lei n.º 406/68, consoante orientação ultimamente firmada no supremo tribunal. multa moratória de feição confiscatória. redução a nível compatível com a utilização do instrumento da correção monetária.

Cita ainda a Recorrente afirmativa do Prof. RUI BARBOSA NOGUEIRA (in Curso de Direito Tributário, ed. Saraiva, São Paulo, 14a edição, p. 124 e ss.), que ensina:

“Acontece, porém, que de um lado está o Estado-Fisco, o possível credor, dispondo do poder de tributar, e é necessário que a Constituição não só disponha sobre as normas fundamentais mas, sobretudo, delimite esse poder”.

O item IV veio estatuir, com redação muito clara, que o tributo não pode ser utilizado com efeito de confisco.

Tanto é confisco tributário a absorção, pelo tributo, da totalidade do valor da situação ou do bem tributado, como qualquer parcela que exceda à medida fixada legalmente ... “

Encerrando sua argumentação de relação às multas impostas na autuação destaca o fato de terem chegado a valores nitidamente superiores ao valor do tributo reclamado, o que configuraria confisco, proibido pela Carta Magna brasileira.

Ao fim da sua peça recursiva, a Recorrente apresenta:

DOS PEDIDOS

Ex positis, requer aos Nobres Conselheiros que:

Seja reformada a decisão da 2ª JJF, eis que a infração 02 foi reconhecida e o recolhimento realizado e a infração 01 os valores foram recolhidos pelo adquirente.

Como preliminar de nulidade:

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

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

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

4- Seja reconhecida a falta de previsão legal para o enquadramento legal das infrações.

5- Reconhecer a responsabilidade do adquirente na Bahia pelo recolhimento do imposto por força do artigo 6º, XIV do RIMS-BA.

6- Reconhecer a falta de obrigatoriedade para inscrição do autuado como contribuinte substituto.

7- Que seja julgado improcedente a autuação pelos inúmeros erros materiais relacionados pela fiscalização, pagamentos realizados que não foram considerados, pagamentos realizados pelo adquirente, PMC apurado de forma equivocada pela fiscalização.

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

E, finalmente:

RECONHECER QUE A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PREVISTA NO ARTIGO 6º DA LEI 7014/96, NÃO SIGNIFICA EXIGIR IMPOSTO DO REMETENTE E DO DESTINATÁRIO.

Por todo o exposto requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, além de perícia e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos a posteriori e a confrontação da planilha acostada aos autos com os valores levantados pelo autuante às folhas 529 e 530.

Repcionado o Recurso Voluntário, ocorrendo dúvida quanto a sua tempestividade, a Recorrente encaminhou expediente ao DARC, fls. 1.016 e 1.017, informando que o mesmo foi apresentado no dia 18 de gosto de 2014, tomando por base para contagem do prazo o dia 30 de julho de 2014, data da recepção da citação via AR.

Diante desta situação de dúvida quanto à tempestividade da apresentação do Recurso Voluntário, considerando que ocorreu na decisão de piso a procedência de parte da infração, requer a suspensão do envio do processo para cobrança em Dívida Ativa até que seja devidamente apurado o atendimento ao prazo legal.

Foi o processo encaminhado PGE/PROFIS para emissão de Parecer Opinativo sendo o mesmo apresentado, fls. 1.041 a 1.044, da lavra da ilustre Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, onde aborda o Recurso Voluntário.

Afirma a digna procuradora, de relação à pretendida nulidade, não encontrar qualquer hipótese que seja amparada pelo artigo 18 do RPAF.

Analizando a pretensão de não obrigatoriedade de reter e recolher a parcela da Substituição Tributária por haver a mesma sido efetuada pelos adquirentes, invoca a digna procurado o quanto determinado pelo Convênio ICMS 81/93, do qual o Estado da Paraíba é signatário, que assim estabelece na Cláusula segunda:

Cláusula segunda Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Afirma a digna procuradora concluindo sobre o que acima determina o Convênio:

Assim, resta evidenciado que a exigência tributária em lide fora efetivada contra o responsável pela obrigação de reter e recolher ICMS em favor do Estado da Bahia, qual seja, a autuada que figura como remetente das mercadorias.

Quanto ao questionamento da Recorrente a respeito da base de cálculo para a Substituição Tributária, em especial a respeito da tabela publicada pela ABCFARMA, posiciona-se a ilustre procuradora com base no que dispõe o Convênio 76/94, que estabelece na sua Cláusula Segunda:

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

Apresenta ainda a ilustre procuradora o que está contido na LC 87/96, no artigo 8º:

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

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

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

Com base no descrito nos estatutos acima, conclui a ilustre procuradora: “está correta a base de cálculo, ante as normas legais acima transcritas, mormente considerando o Convênio nº 76/94 que estabeleceu como base de cálculo das operações sub examine, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelos fabricantes.”

Abordando a confiscatoriedade das multas alegada pela Recorrente, aduz a ilustre procuradora que as mesmas estão consignadas no artigo 42, inciso II e V da Lei nº 7.014/96, e portanto com suporte legal.

Encerrando seu Parecer Opinativo, afirma a ilustre procuradora:

Nesse passo, as razões recursais apresentadas não são capazes de modificar a decisão recorrida, que está pautada na mais absoluta regularidade, pelo que, opinamos pelo conhecimento e improvimento do recurso voluntário interposto.

Em sessão realizada no dia 30 de julho de 2018, esta Câmara de Julgamento, por solicitação do relator Rodrigo Lauande Pimentel, encaminhou o processo em diligência ao autuante no sentido de que tomasse as seguintes providências:

- 1) *Verifique junto aos sistemas da Secretaria da Fazenda, o pagamento das GNRE'S e o efetivo ingresso da receita nos cofre públicos da Fazenda, elaborando demonstrativo citando a nota e a GNRE;*
- 2) *Faça um novo demonstrativo de débito da infração 01, conforme originalmente proposto, retirando as notas encontradas cujo GNRE's foi verificado o pagamento em nome do destinatário ou do remetente da operação, objeto da presente exação, conforme os ditames expressos no artigo 6º, XV da Lei nº 7.014/96.*

Diante do solicitado o preposto autuante apresentou novo relatório, fls. 1053 a 1054, e novas planilhas, fls. 1.055 a 1.068, onde afirma haver reconhecido parte das alegações apresentadas pela Recorrente, do que resultou novo saldo devedor, informando que da verificação efetuada constatou que as GNRE'S apresentadas referente aos meses de março, abril, setembro, outubro e novembro de 2009, e, março e junho de 2010, não guardam correspondência com os lançamentos do levantamento fiscal, em decorrência de que mantém os valores reclamados, e, nos demais meses, foram zerados ou reduzidos, tudo constante da planilha constante da fl. 1.066.

Ocorrendo no atendimento à diligência, alteração nos valores anteriormente reclamados, foi o processo encaminhado à PGE/PROFIS, tendo a mesma, em parecer do ilustre procurador José Augusto Martins Junior, em face da não localização da Recorrente no endereço indicado, opinou por nova intimação à mesma para que tomasse conhecimento do resultado da diligência, preferencialmente na pessoa dos advogados devidamente constituídos.

Sendo infrutíferas as tentativas de localização da Recorrente, foi o presente processo encaminhado, novamente, à PGE/PROFIS para que emitisse novo parecer opinativo a respeito, tendo o ilustre procurador José Augusto Martins Junior assim se manifestado:

A Procuradoria Fiscal da Procuradoria Geral do Estado, por sua procuradora “in fine”, com supedâneo no art. 140 da Constituição do Estado da Bahia c/c art. 31-A da Lei Complementar nº 19/2003, instada a se manifestar sobre o parecer técnico de fls. 1053/10254, vem, com amparo no lastro probatório acostado aos autos, ANUIR às conclusões encetadas na manifestação técnica em destaque, em que se operam as devidas depurações dos valores recolhidos pelo autuado, mantendo-se os montantes relativos às GNRE'S acostadas ao autos, por não guardarem as mesmas correlação com os lançamentos insertos no presente auto de infração.

VOTO

Em face do reconhecimento da Procedência da infração 02 por parte da Recorrente, a lide no presente processo restringe-se ao que foi condenada na Decisão de piso de relação à infração 01 que reclamava:

Infração 01 – 08.15.01

Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor histórico: R\$478.067,40.

Inicialmente devo analisar a preliminar de nulidade requerida pela Recorrente, que alega ser nula

a autuação com base no não atendimento ao determinado em Convênios dos quais o Estado da Bahia é signatário e sob a alegação de a cobrança a ela direcionada constituir-se em dupla cobrança, pelo fato de os adquirentes haverem efetuado os recolhimentos dos tributos reclamados.

Entendo que tal argumentação não consegue inquinar de nulidade a cobrança efetuada no processo. O processo está revestido de todas as formalidades estabelecidas na legislação em vigor, em especial o RPAF, tendo o autuante exposto com clareza e fundamentação e fatos que levaram à autuação, indicando os fatos, normas infringidas e documentos que serviram de base para tanto, motivo pelo qual não acato.

Analizando o mérito da lide, restou claro que a Recorrente efetuou recolhimentos do ICMS Substituição Tributária em nome dos adquirentes, a pedido dos mesmos, o que configura a recepção pelo Estado da Bahia dos valores a que teria direito, além de recolhimentos efetuados diretamente, comprovados através consulta feita nos arquivos da SEFAZ.

A substituição tributária de medicamentos tem sua regulamentação a nível nacional regulada pelo Lei Complementar nº 87/96, que estabelece:

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

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

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

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

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

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

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

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

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

Além do disposto na LC 87/96, os Convênios ICMS 81/93 e 76/94, estabelecem:

Convênio ICMS 81/93:

Cláusula segunda Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Convênio ICMS 76/94:

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

A nível estadual a matéria está regulamentada na Lei nº 7.014/96, que estabelece:

Art. 6º(...)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

É contestado pela Recorrente a utilização da tabela indicativa de preços máximos ao consumidor publicada pela ABCFARMA, em face de a mesma não se constituir em “órgão público competente”, e, portanto, incompetente para determinar base de cálculo da substituição tributária.

A base de cálculo para a substituição tributária está definida na Lei Complementar nº 87/96, que claramente informa quais as bases para a sua execução,

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

...

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

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;**
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;**
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.**

...

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

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

Pelo que está disposto no enunciado acima, a base de cálculo a ser utilizada para cálculo da substituição tributária, no Estado da Bahia, está definida no Anexo I do RICMS, a ABCFARMA não é órgão oficial definido em qualquer legislação, estadual ou federal, industrial ou importador, para estabelecer preços de venda, no máximo, pode fazer indicação ou sugestão, mesmo porque caso estabelecesse preços definidos para comercialização, estaria indo de encontro ao que estabelece o Código de Defesa do Consumidor.

Em se tratando de regime de controle e tabelamento de preços, estabelece o Código de Defesa do Consumidor no artigo 41:

Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

No caso, os limites oficiais para estabelecer a base de cálculo da substituição tributária de medicamentos, estão estabelecidos no Anexo I do RICMS.

E, caso fosse permitido utilizar-se a tabela “sugestiva” da ABCFARMA, estariíamos acatando o contrário do que determina, ainda, o Código de Defesa do Consumidor, que estabelece em seu artigo 51:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

...

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

A acatar-se o que dispõe o Convênio ICMS 81/93, na sua: “**Cláusula segunda - Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente**”, estariíamos acatando a generalidade da lei em detrimento à especificidade, desde quando o Convênio ICMS 81/93, anterior ao 76/94, trata de forma genérica a substituição tributária, enquanto o Convênio ICMS 76/94, trata especificamente da substituição de medicamentos, e, inclusive acobertando o duplo recolhimento do mesmo tributo.

Entretanto, o STJ em diversos julgados acatou a tabela da ABCFARMA como parâmetro para a cobrança do imposto devido por Substituição Tributária, desvinculando-o da conceituação de pauta fiscal, e passível de ser utilizado pelos contribuintes obrigados a efetuar a retenção e recolhimento do tributo.

Pelo que se pode compreender não é possível aplicar-se o disposto no Convênio ICMS 81/93, por não ter o condão de desdizer o disposto no Convênio ICMS 76/94, posterior e que trata de operações definidas, a não ser o contribuinte vendedor das mercadorias *in casu*, por deliberação própria assuma tal responsabilidade.

Analizando sob a visão da Legislação Estadual, Lei nº 7.014/96, o legislador foi objetivo e decisivo na formulação da responsabilidade pelo recolhimento do imposto referente à substituição tributária, ao determinar:

Art. 6º- São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Como afirma a Recorrente, não sendo obrigatória a sua inscrição na condição de Contribuinte Substituto no Estado da Bahia, e considerando a excessiva burocracia a que estaria sujeito caso buscasse esta condição, inclusive a possibilidade de tal inscrição não lhe ser concedida, optou, como lhe é facultado, não exercer esta “prerrogativa”, deixando a parte dos adquirentes a obrigação de efetuar o recolhimento, por solidariedade.

O fato de haver a Recorrente efetuado recolhimentos em nome de alguns adquirentes não desqualifica o cumprimento da obrigação que assumiu, visto ter-se configurado o recolhimento do tributo ao Estado da Bahia.

Com base na afirmativa da Recorrente de haver efetuado recolhimentos não considerados pelo autuante, nem pela Junta Julgadora, assim como parecer opinativo da PGE/PROFIS, em diligência requerida pelo Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel, o autuante apresentou novos cálculos referente à infração 01, afirmando haver considerado os valores apresentados como recolhidos, que aduz serem verídicos, encaminhando nova tabela resumo dos cálculos como abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITOS – INFRAÇÃO 01				
PERÍODO	VALOR RECLAMADO	VALOR GNRE'S	SALDO DEVEDOR	DIF. A RECOLHER
jan/09	12.133,71	(-) 12.133,71	0,00	0,00
mar/09	8.759,63	(-) 8.846,61	(-) 86,98	-86,98
abr/09	3.176,63	(-) 7.268,14	(-) 4.091,51	-4.178,49
mai/09	49.862,06	(-) 49.862,06	0,00	-4.178,49
jun/09	15.175,93	(-) 15.175,93	0,00	-4.178,49
jul/09	18.282,17	(-) 16.801,37	1.480,80	-2.697,69
ago/09	44.997,44	(-) 35.795,82	9.201,62	6.503,93
set/09	8.750,66	(-) 18.099,28	(-) 9.348,62	-9.348,62
out/09	36.340,25	(-) 43.333,44	(-) 6.993,19	-16.341,81
nov/09	30.341,60	(-) 45.809,56	(-) 15.467,96	-31.809,77
dez/09	42.761,59	(-) 25.414,36	17.347,23	14.462,54
jan/10	10.182,76	(-) 0,00	10.182,76	-4.279,78
mar/10	3.068,16	(-) 3.533,71	(-) 465,55	-4.745,33
abr/10	465,55	(-) 0,00	465,55	-4.279,78
jun/10	9.973,80	(-) 11.565,21	(-) 1.591,41	-5.871,19
jul/10	23.510,80	(-) 21.949,39	(-) 1.561,41	-4.309,78
ago/10	12.503,18	(-) 12.503,18	0,00	-4.309,78
set/10	14.811,28	(-) 14.811,28	0,00	-4.309,78
out/10	13.177,01	(-) 13.177,01	0,00	-4.309,78
nov/10	92.029,97	(-) 92.029,97	0,00	-4.309,78
dez/10	27.913,76	(-) 27.913,76	0,00	-4.309,78
Total	478.217,94	(-) 476.023,79	78.284,59	-96.888,63

Encaminhado o resultado da diligência à Secretaria desta CJF, foi a mesma encaminhada à Recorrente para que sobre a mesma se manifestasse. Não sendo localizada a Recorrente no endereço por ela indicado, o que a torna silente, foi o relatório encaminhado à PGE/PROFIS para que oferecesse parecer opinativo, tendo a mesma, através parecer do ilustre procurador Dr. José Augusto Martins Junior, fl. 1108, acatado o mesmo.

Desta forma acato o quanto apurado na diligência efetuada, e, considerando a impossibilidade de recuperação dos valores recolhidos a maior, em razão do princípio da decadência, estabeleço Conta Corrente do tributo, cotejando mês a mês as diferenças recolhidas a maior e os valores não recolhidos, do que resultou devido pela Recorrente a importância de R\$6.503,93, referente ao mês de Agosto de 2009, quer reconheço como Procedente para cobrança do ICMS Substituição Tributária.

Em relação ao questionamento da multa reclamada sobre a infração apurada, muito embora tenhamos decisões judiciais que apontam para sua impropriedade, falece a este Conselho o julgamento da sua constitucionalidade, pelo que, não acato a pretensão da Recorrente.

Assim Nego Acolhimento à preliminar de nulidade pretendida pela Recorrente e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, julgando o Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE, devendo ser homologado os valores anteriormente recolhidos, e, imputando à mesma o recolhimento do ICMS Substituição Tributária no valor de R\$6.503,93, quanto a infração 1. Assim, o montante do débito é o seguinte:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO
1	PROCEDENTE EM PARTE/P.PROVIDO	6.503,93
2	PROCEDENTE EM PARTE	80.955,86
	TOTAL	87.459,79

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 273307.0008/12-6, lavrado contra **DIVCOM PHARMA PRODUTOS FARMACÉUTICOS NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$87.459,79**, acrescido das multas de 60% sobre R\$80.955,86 e 150% sobre R\$6.503,93, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS