

A. I. Nº - 269200.0029/19-0
AUTUADO - NATULAB LABORATÓRIO S. A.
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIAS
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16/04/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0026-03/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERNA DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. O sujeito passivo obteve concessão de liminar em Mandado de Segurança, anteriormente à lavratura da presente, obrigando a afastar o PMC (sugerido pelo fabricante ou CMED) como critério na determinação da base cálculo. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo, implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2019, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$2.828.596,44, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da: Infração 01 - 07.02.02 - Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Consta como complemento que “Contribuinte calcula e retém o ICMS-ST exclusivamente considerando o valor de vendas (valor da mercadoria, frete, seguro etc.) e a margem de valor agregado respectiva sem considerar o PMC, quando existente, com determina a legislação do imposto (Convênio nº 76/94. Vide demonstrativos ANEXO_05A_05B.”

O Autuado, por meio de advogado, apresenta impugnação às fls. 13 a 44. Reproduz o teor da acusação fiscal em seguida alinha suas razões de defesa na forma a seguir sintetizadas.

Inicialmente informa que ingressou com ação judicial (processo nº 0514959-71.2018.8.05.0001 - em trâmite na 3ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA), através da qual requereu que fosse declarado o direito de recolher o ICMS-ST tendo como base de cálculo a MVA ajustada, nos termos do art. 8º, inciso II, da LC nº 87/96 e na Cláusula Segunda, §1º, do Convênio do ICMS 37/14.

Frisa que em sede de tutela de urgência requereu liminarmente, na forma do art. 300, do CPC, os seguintes pedidos abaixo descritos, veja-se:

1) Afastar o PMC (sugerido pelo fabricante ou CMED) como critério de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, uma vez que este valor é muito superior ao preço efetivamente praticado pelos estabelecimentos varejistas, autorizando o contribuinte a utilizar o critério da MVA, prevista nos termos do art. 8º, inciso II da LC 87/96 e da Cláusula Segunda, § 1º do Convênio do ICMS 37/14, por ser compatível com o valor real da operação correspondente ao fato gerador presumido;

2) Que o Fisco Estadual abstenha-se de tomar qualquer providência relativa à constituição e cobrança de eventual crédito tributário relacionado à matéria objeto da presente demanda, bem como que não adote (o Fisco) nenhum tipo de medida que implique em restrição do direito fundamental ao livre exercício de qualquer profissão ou violação ao princípio da livre iniciativa, como por exemplo: apreensão de mercadorias, não concessão de Autorização para Impressão de Documentos Fiscais – AIDF, inscrição no CADIN/BA, indeferimento de Certidão Negativa de Débitos

Fiscais ou Positiva com Efeitos de Negativa, eis que presentes os pressupostos legais que autorizam a sua concessão, forte nas disposições do art. 151, inciso V, do CTN e do art. 300, § 2º, do Código de Processo Civil.

Observa que o julgador, por sua vez, em decisão liminar proferida que segue anexa, cópia no CD à fl. 83, concedeu a tutela provisória nos estritos termos da Inicial.

Afirma possuir decisão judicial que é clara ao determinar o afastamento do PMC, como critério para fins de base de cálculo do ICMS-ST, autorizando o contribuinte a utilizar a MVA nas operações no estado da Bahia, ficando o fisco impedido de constituir e cobrar eventual crédito tributário relacionado à matéria objeto da presente demanda.

Sustenta que, por determinação judicial expressa, não pode o fisco estadual lavrar o presente Auto de Infração, assim como exigir o este crédito tributário, na medida em que a autuação fiscal em tela guarda similitude com a matéria versada na ação judicial.

Destaca que a decisão liminar que concedeu a tutela provisória foi proferida em 02/05/2018 (publicação em 07/05/2018), ou seja, em momento anterior à lavratura deste auto de infração, a qual foi datada de 20/12/2019. Afirma que dúvidas não existem de que o fisco estadual da Bahia se encontrava impedido de proceder com a presente autuação fiscal, haja vista que a vigência de norma proibitiva à lavratura do auto de infração, qual seja, a decisão judicial liminar, nulifica o referido ato administrativo.

Requer seja o auto de infração em voga considerado nulo, posto que existente e vigente decisão judicial prévia à lavratura que impôs a norma proibitiva de constituição e cobrança de crédito tributário relacionado à matéria objeto da demanda judicial, tal como no presente caso.

Argui também a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a necessária consideração da MVA com relação ao medicamento AD-VITAM GOTAS 20 ML 1CT X 200FR FARMA, uma vez que o Autuante ao enquadrar a Infração 01 sob o fundamento de que reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, deixou de indicar dispositivos legais fundamentais para a lavratura do Auto de Infração e, com isso, descumpriu requisitos formais essenciais para a validade jurídica da autuação.

Esclarece que o Auto de Infração é um procedimento administrativo realizado pelo Fisco quando constatada infração à legislação tributária. Afirma que o documento fiscal deve necessariamente seguir alguns requisitos para ter a sua validade no mundo jurídico, conforme disposto no art. 39, do RPAF-BA/99.

Assevera que a falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração acaba por violar o RPAF-BA/99 em seu art. 2º, art. 39, inciso V e VI e art. 18, inciso IV, que tratam sobre o procedimento fiscal estadual da Bahia, estabelecendo os requisitos formais que o Autuante deve seguir na lavratura do Auto de Infração.

Diz que se faz necessário trazer à tona a irregularidade do Auto de Infração, ou seja, o Autuante ao proceder com a lavratura do Auto de Infração não indicou expressamente os dispositivos normativos que dariam suporte legal no cálculo de apuração da diferença do ICMS-ST da Contribuinte, situação essa que acabou por lhe impossibilitar de realizar a impugnação do cálculo que originou o débito fiscal objeto da autuação.

Sustenta que a partir da análise dos dispositivos indicados no Auto de Infração, neste caso art. 8, inciso II, da Lei 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS-BA/12, não é possível identificar os parâmetros normativos que deram suporte na confecção do demonstrativo da diferença da substituição tributária que gerou de débito fiscal.

Salienta que a partir da análise das planilhas apresentadas pelo Auditor Fiscal (Anexo_05A analítico), é possível verificar que o cálculo da substituição tributária que originou o débito fiscal

possui diversas variantes, ou seja, possui diversas colunas de subitens que impactam diretamente no cálculo de apuração do suposto ICMS-ST, conforme tabela que colaciona à fl. 20.

Diz que sem a indicação da norma geral que regulamenta a forma de apuração do ICMS-ST considerada pelo Autuante, não consegue decifrar as variantes que foram utilizadas no cálculo da diferença do imposto objeto da autuação, tendo assim cerceado o seu direito de defesa.

Observa ser fácil verificar, através da legislação que ora suscitada em sua defesa, que a autoridade fiscal ao omitir a indicação da legislação por completo deixa de esclarecer informações essenciais para se determinar a infração e, conseqüentemente, o montante supostamente devido a título de diferença de ICMS-ST, violando assim o RPAF-BA/99 em seu art. 2º, art. 39, inciso V e VI e art. 18, inciso IV.

Assevera que o fato de o Autuante está fundamentando a sua Notificação de Lançamento sem clareza e precisão, lhe impede de exercer a sua ampla defesa, conforme preceitua a CF/88, precisamente em seu art. 5º, inciso LV, que dispõe o seguinte: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Registra que resta demonstrado que a Infração 01 é nula de pleno direito, pois não está lastreada com elementos suficientes para se determinar a infração e conseqüentemente o montante supostamente devido a título de diferenças de ICMS-ST, violando assim os elementos essenciais de constituição do Auto de Infração e conseqüentemente violando o princípio da ampla defesa e do contraditório, assegurado na CF/88.

Ao cuidar do mérito, revela que, consoante se verifica pela redação anterior (efeitos até 31/05/2018) do art. 268, inciso VIII, do RICMS-BA/12, juntamente com o que dispõe a cláusula 2ª, §5º, do Convênio ICMS 76/94, cujo teor transcreve, gozava do benefício fiscal de redução no percentual de 10% da base de cálculo do ICMS-ST.

Destaca que, considerando o teor da redação anterior do inciso VIII, do art. 268, do RICMS-BA/12, produziu efeitos até 31/05/2018, tem-se que, com relação ao Auto de Infração em tela, no período de 01/01/2018 a 31/05/2018, gozava do benefício da norma à época vigente de redução de 10% da base de cálculo do ICMS-ST, o que não foi observado pelo Autuante quando da lavratura. Arremata destacando que ao se aplicar este benefício conferido pela legislação tributária vigente à época, impõe-se uma redução do presente auto de infração no valor de R\$323.679,49, conforme cálculo constante na planilha anexa de título “planilha resumo geral”.

Afirma ter demonstrado que o Autuante aplicou incorretamente o PMC em relação ao medicamento AD-VITAM GOTAS 20 ML 1CT X 200FR - FARMA, para fins de apuração da base de cálculo do ICMS-ST.

Esclarece que a teor da Lei n. 10.742, de 06/10/2003, convertida em lei a partir da Medida Provisória nº 123, de 26/06/2003, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, não é um órgão público que fixa preço final a consumidor, único ou máximo, mas sim de competência regulatória. Afirma que, em verdade, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, estabelece critérios para regulação e ajuste de preços de medicamentos, mas não fixa os preços de venda.

Observa que, no caso em tela, considerando que o medicamento AD-VITAM GOTAS 20 ML 1CT X 200FR – FARMA teve sua publicação dispensada, conforme faz prova no ofício expedido pela própria CMED constante anexo, na qual expressamente dispensou a publicação do preço fábrica – PF e, conseqüentemente, do Preço Máximo ao Consumidor - PMC, dúvidas não pairam quanto a ilegalidade da aplicação do PMC como base de cálculo do ICMS-ST.

Afirma que o medicamento não consta na tabela CMED 2018, por isso não poderia o Autuante autuar pelo fato desta ter se utilizado da MVA para fins de apuração de base de cálculo do ICMS-ST.

Revela que, além do ofício expedido pela própria CMED, seguem anexas todas as listas de conformidade da CMED, de janeiro a dezembro de 2018, extraídas diretamente do site da ANVISA (<http://portal.anvisa.gov.br/anos-antigos>), nas quais é possível verificar que não consta o medicamento AD-VITAM GOTAS 20 ML 1CT X 200FR – FARMA (EAN n. 7899470804828) justamente por conta da dispensa da publicação.

Registra ter ficado comprovado que o medicamento AD-VITAM GOTAS 20 ML 1CT X 200FR - FARMA não consta na tabela CMED 2018, caberia ao Autuante ter utilizado, como base de cálculo do ICMS-ST, o critério da MVA. Arremata assinalando ser possível apurar uma diferença de ICMS-ST imputada indevidamente no montante de R\$2.730,32, referente aos meses considerados no auto de infração de julho, agosto, outubro e dezembro de 2018, consoante tabelas demonstrativas de cálculo anexas intituladas de “planilha exclusão AD VITAM” e “planilha resumo geral”, uma vez que, frise-se, caberia ao Autuante ter utilizado como base de cálculo a MVA, conforme realizou.

pela empresa contribuinte.

Assevera restar evidente que o Autuante realizou um arbitramento sem qualquer fundamento técnico e legal, contrariando assim o disposto no art. 289, §10, do RICMS-BA/2012 (redação vigente à época) c/c o art. 23, inciso II, da Lei n. 7.014/96, os quais deixam claro que a base de cálculo do ICMS-ST, com relação aos medicamentos, será a MVA. Por isso, sustenta não ter incorrido em qualquer irregularidade ao utilizar a MVA para o medicamento AD-VITAM GOTAS 20 ML 1CT X 200FR – FARMA, diante da ausência deste na tabela CMED 2018, por conta da dispensa da publicação.

Argui que, independentemente, dos pontos acima abordados, quais sejam, o benefício da redução de 10% da base de cálculo do ICMS-ST e a utilização da MVA para o medicamento AD-VITAM GOTAS 20 ML 1CT X 200FR - FARMA, também é improcedente a utilização como critério de determinação de base de cálculo do ICMS-ST, nas operações com produtos farmacêuticos o denominado Preço Máximo a Consumidor – PMC, sugerido ao público através das tabelas da CMED, está gerando uma cobrança a mais de imposto, posto que o preço indicado no PMC tem-se mostrado muito superior à realidade de preços aplicados pelos estabelecimentos varejistas, onerando excessivamente o preço final dos medicamentos, conforme pesquisa mercadológica anexa, com relação a qual irá se discorrer melhor adiante.

Inicialmente destaca que convém esclarecer sobre a regra matriz do ICMS, ou seja, no campo do direito tributário a regra matriz de incidência tributária está descrita no art. 155, inciso II, da CF/88. Prossegue observando que o ICMS é um imposto plurifásico e não cumulativo que incide sobre operações de natureza mercantil relativas à circulação de mercadorias, claramente inferido no pressuposto material definido na regra matriz de competência tributária. Afirma que a operação efetiva corresponde a circulação jurídica de mercadoria e somente ela pode ser validamente tributada.

Diz ser essa constatação de grande valia para o enfrentamento da matéria em discussão, pois a competência tributária opera como limitação ao poder de tributar, na medida em que impede o Ente Tributante de tributar sobre outras situações de fato e de direito não previstas na hipótese de incidência posta na Constituição Federal, ou seja, o preço efetivo da circulação da mercadoria.

Destaca que dentre os elementos do aspecto quantitativo da hipótese de incidência tributária, a base de cálculo é o que tem ensejado maiores discussões na relação jurídica estabelecida entre o Fisco e Contribuinte, uma vez que é justamente o aspecto quantitativo que acaba por distorcer conceitos e definições.

Assinala que o ponto controvertido consiste em demonstrar a ilegalidade do art. 289, §10, do RICMS-BA/2012 que dispõe que a base de cálculo da substituição tributária nas operações com mercadorias (medicamentos) deve ser o preço único ou máximo de venda fixado, quando houver.

Sobre o tema traz a colação lições dos juristas pátrios Geraldo Ataliba e Alfredo Augusto Becker, para destacar que se verifica o entrelaçamento da base de cálculo com o aspecto material

da hipótese de incidência, entendido este como a descrição do fato e de seus elementos essenciais, que são definidos pela regra de competência tributária.

Revela que a base impositiva, na verdade, é um atributo do aspecto material da hipótese de incidência, ou seja, é através da base de cálculo que se pode identificar com precisão o núcleo da hipótese de incidência. Diz ser ela é capaz de revelar o fato presumido da capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária. Remata frisando que sob essa perspectiva, pode-se afirmar que a base de cálculo possível do ICMS, independentemente do regime de tributação (regime convencional ou substituição tributária) é o valor da operação, pois esta é a única expressão capaz de medir (quantificar) validamente a intensidade da hipótese de incidência descrita na regra de competência tributária contida no art. 155, inciso II, da CF/88.

Sendo assim, assevera que estabelecer para fins de determinação de base de cálculo do imposto de responsabilidade por substituição tributária, outro valor que, comprovadamente, não corresponda ao efetivo valor da operação, como é o caso da utilização do denominado PMC, implica insustentável desvirtuamento da regra de competência outorgada pela Lei Suprema, assumindo o tributo uma feição nitidamente confiscatória, com total menosprezo ao princípio da capacidade contributiva, o que é vedado pelos princípios e regras que disciplinam o Sistema Constitucional Tributário.

Salienta, em relação ao instituto da substituição tributária, que se trata de uma técnica destinada a tornar mais eficiente a arrecadação e, conseqüentemente, facilitar a fiscalização das obrigações a cargo dos contribuintes, atribuindo a um determinado agente econômico que participa do ciclo de produção, sujeito passivo de obrigação tributária, denominado substituto tributário, as seguintes responsabilidades: a responsabilidade pelo pagamento, além do débito fiscal próprio, do tributo que incide na etapa posterior (substituição tributária progressiva ou para frente) ou anterior (substituição tributária regressiva ou para trás).

Diz que na hipótese de substituição tributária progressiva/para frente, situação esta do caso em concreto, ocorreu uma antecipação do recolhimento do tributo devido na etapa posterior, cujo fato gerador presumivelmente se concretizará, nos termos do art. 150, §7º, da CF/88, bem como, na mesma direção, preconiza o art. 128, do CTN.

Revela que o instituto da substituição tributária só pode ser entendido como um instrumento destinado a facilitar a atividade arrecadatória do Estado, ou seja, uma “técnica” de arrecadação, jamais se prestando como um meio para promover a cobrança indevida de tributos.

Considerando que na hipótese de operação submetida ao regime de substituição tributária progressiva, destaca que o imposto (ICMS) incide sobre um fato gerador presumido, presumida também será a sua base de cálculo. Diz surgir daí, o problema relacionado à técnica de arrecadação, qual seja, o critério para efeitos de determinação da base de cálculo do imposto de responsabilidade por substituição tributária, porquanto a base impositiva, como amplamente demonstrado, deve guardar correlação lógica com o pressuposto material da regra de competência tributária, ou seja, tratando-se de operação relativa à circulação de mercadoria, a única grandeza capaz de medir (quantificar) a intensidade da hipótese de incidência prevista no art. 155, inciso II da CF/88 é o valor da operação.

Lembra que o art. 8º, da LC 87/96 ao dispor sobre essa matéria conflitante, estabeleceu os seguintes critérios para fins de quantificação da base de cálculo em relação às operações submetidas ao regime de substituição tributária. E, de outro lado, a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, ao dispor sobre base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária em relação às operações com produtos farmacêuticos, possui a seguinte dicção.

Salienta que os convênios constituem fontes normativas secundárias do direito, porque são celebrados por Secretários Estaduais da Fazenda, reunidos no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Afirma que seus mentores, à evidência, possuem uma visão exclusivamente arrecadatória, razão pela qual suas deliberações devem ser examinadas com

reservas, em virtude da frequente edição de atos normativos que, não raramente, contrariam as regras e os princípios que disciplinam o Sistema Tributário Nacional.

Com isso, diz que se chega ao ponto crucial da matéria que seria a definição do critério a ser adotado para fins de determinação da base de cálculo do imposto de responsabilidade tributária. Registra que o valor a ser utilizado para efeitos de determinação da base de cálculo do ICMS, em relação às operações subsequentes, é o valor da operação acrescido das parcelas previstas no inciso II, do referido dispositivo legal. Continua aduzindo que se tratando de mercadoria sujeita a tabelamento por órgão oficial, este será o valor ao qual deverá corresponder a base de cálculo para fins de substituição tributária, pois nesta hipótese o mercado varejista estaria impedido de praticar outro preço (superior), que não aquele expressamente pautado pelo órgão oficial.

Esclarece que se deve colocar em evidência os dizeres do §4º, art. 8, da LC 87/96 que prevê que a margem (de valor agregado) a que se refere à alínea “c”, do inciso II, do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

Destaca, também, o disposto no §6º, do art. 8º, da LC 87/96 que ao prever a hipótese da substituição tributária disposta no inciso II, caput, traz o seguinte: a base de cálculo em relação às operações ou prestações subsequentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, a mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no §4º, do referido artigo. Arremata frisando que partindo dessas considerações, verifica-se que o conjunto de proposições veiculadas no art. 8º, da LC 87/96 ao prestigiar a permanente busca do valor real da operação, nega a sua aplicabilidade como critério válido para fins de determinação da base impositiva do imposto devido por substituição tributária o PMC, por ser muito superior ao valor efetivamente praticado no varejo, tal como no caso em tela.

Relata que, consoante se infere das proposições normativas contidas no art. 8, da LC nº 87/96, especialmente do disposto no §3º, em momento algum a legislação determina a utilização do denominado Preço Máximo ao Consumidor – PMC quando o fabricante sugerir o valor para fins de determinação da base de cálculo do imposto de responsabilidade por substituição tributária.

Acrescenta assinalando que o Preço Máximo ao Consumidor (PMC), cujos valores são publicados em revistas especializadas, tipo a ABCFARMA como o próprio nome sugere, serve apenas para balizar o teto do preço dos medicamentos e, mesmo assim, essa sistemática é duvidosa constitucionalmente, a luz do princípio da livre iniciativa, prevista no art. 170, da CF/88 e tal prova fica evidenciado através da diferença de preços entre o PMC considerado pelo Auditor Fiscal e o valor real de venda de cada medicamento correspondente à notificação fiscal.

Destaca que o PMC sugerido reveste-se em uma verdadeira espécie de pauta fiscal e por isso em hipótese alguma pode ser adotado como critério válido para fins de determinação da base de cálculo do imposto, pois em relação aos medicamentos que fabrica, este valor é infinitamente superior aquele efetivamente praticado pelo estabelecimento varejista.

Por isso, esclarece que, em comparação ao preço de mercado e o valor recolhido, neste caso tendo como base de cálculo o valor da operação acrescido de MVA, fica evidenciado que o Fisco Estadual não teve qualquer prejuízo fiscal, pois a base de cálculo praticada corresponde ao valor final da operação ao consumidor final.

Aduz que a utilização do MVA, por parte do Governo, tem o intuito de estimar, ou se aproximar ao máximo do valor da margem de lucro na venda da mercadoria do varejista ao seu cliente, reforçando assim que o valor recolhido ao fisco estadual a título de ICMS-ST corresponde a margem efetiva utilizada no mercado e, por isso, não há que se falar em recolhimento a menos de ICMS-ST.

Diz que para comprovar suas alegações demonstra a evidente discrepância entre o valor da operação efetivamente praticada e o PMC sugerido pela CMED através da Anvisa, através de pesquisa mercadológica que acosta a esta defesa administrativa.

Ressalta que a pesquisa mercadológica anexa, trata-se de estudo de campo de grande amplitude e que foi produzida por Instituto de Pesquisa de grande respaldo e com bastante credibilidade do mercado, qual seja, o Idea Brasil Pesquisa de Mercado (<https://www.ideabr.com.br>), que já se encontra prestando serviços para grandes empresas e municípios no Brasil durante um longo período.

Frisa que a referida pesquisa trouxe a comprovação de suas alegações, na medida em que demonstra que os medicamentos são comercializados no mercado varejista pelas farmácias/drogarias - tanto de rede quanto estabelecimentos individuais - por preços bem inferiores aos consignados pela CMED, cuja variação média foi de 22,7%. Assim, na demonstração da discrepância entre os valores CMED x valores de mercado, chegou-se aos valores, elencados na tabela à fl. 35

Prossegue aduzindo que desta forma, percebe-se que a maior diferença encontrada chegou a 53,41%, o que revela uma discrepância absurda. Registra ainda que a empresa Idea Brasil fez a ressalva de que há uma clara tendência de aplicação de descontos, através de diversos programas de fidelização fornecidos pelas farmácias/drogarias, o que vem ratificar sua alegação de que o ramo de medicamentos se trata de um setor econômico extremamente competitivo, razão pela qual os medicamentos sofrem expressiva redução de valores em comparação aqueles fixados pela CMED. Remata destacando que, após a apresentação da tabela geral, representada constante à fls. 05, do documento, com a descrição de todos os medicamentos e a consequente comparação entre os valores CMED e preço de mercado, a média de preços encontrada por produto e o preço mínimo encontrado, o Instituto ainda realizou uma apresentação gráfica com a descrição individual por produto para permitir uma melhor visualização da diferença entre o preço da CMED e o preço praticado no varejo.

Afirma que o critério previsto na legislação do Estado da Bahia, para fins de quantificação da base de cálculo do ICMS de responsabilidade tributária, caracteriza espécie de pauta fiscal, cuja utilização é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, pois a sua aplicação tem lugar apenas em situações excepcionais, expressamente previstas no art. 148, do CTN.

Observa que a Constituição Federal de 1988, no art. 155, inc. II, atribui aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS, o imposto mais complexo do sistema tributário brasileiro, que incide sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

Afirma que em primeiro lugar, vê-se que a base de cálculo do ICMS, de acordo com o fato gerador, pode ser de três naturezas: 1) o valor da operação relativo à circulação de mercadoria; 2) o preço do serviço, em se tratando de transporte interurbano e interestadual, e de comunicação; e 3) o valor da mercadoria quando se trate de importação, com as inclusões previstas em lei.

Assevera que a instituição da pauta fiscal viola a Constituição Federal, por que esta, em seu art. 146, prescreve que normas gerais de direito tributário - introduzidas no ordenamento jurídico, mediante lei complementar -, disciplinam conflitos de competência entre as entidades tributantes e regulam as limitações constitucionais ao poder de tributar. Diz que nela se incluem a definição de tributos e de suas espécies, e os respectivos fatos geradores, bases de cálculo dos contribuintes, tratando-se dos impostos ali discriminados.

Apresenta seu entendimento de que somente a lei complementar federal poderá dispor sobre base de cálculo de ICMS, nos termos da Constituição Federal, como se depreende do seu art. 146, inciso III, alínea “a”. Acrescenta destacando que cabe à lei complementar apenas estabelecer, em caráter de norma geral, a base de cálculo de cada imposto discriminado na Constituição. E, a sua

definição cabe à lei ordinária de cada entidade política tributante, respeitada a norma geral a respeito. Observa que por isso, dispõe o inciso IV, do art. 97, do CTN que “somente a lei pode estabelecer a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo”.

Lembra que a Constituição Federal, ao estabelecer os fundamentos da República, em seu art. 1º, e da ordem econômica em seu art. 170, consagra explicitamente o princípio da livre iniciativa, cuja finalidade nele embutida se concretiza pela preservação da livre concorrência, nos termos do art. 170, inciso IV.

Revela que a Lei nº 12.529/11, que dispõe sobre a preservação e repressão às infrações contra a ordem econômica, preconiza em seu art. 36, §3º, inciso I, alínea “a” e inciso IX, condutas que constituem infração à ordem econômica, conforme teor que transcreve.

Observa que conforme se infere na literalidade dos dispositivos legais acima transcritos, não há como desconsiderar o fato de que a utilização do Preço Máximo ao Consumidor - PMC, como critério para fixação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, desencadeia um processo de concentração do mercado, através da formação de cartel, tendo em vista que a base de cálculo possível do imposto, extraída da sua regra matriz de incidência tributária descrita no art. 155, inciso II, da CF/88, deve corresponder ao efetivo valor da operação.

Assinala que o Fisco Estadual, ao determinar que o valor da base de cálculo seja o Preço Máximo ao Consumidor – PMC, acaba por induzir os varejistas a praticarem indistintamente o referido preço pautado, o que é incompatível com a regra constitucional que trata da livre concorrência, prevista no art. 170, inciso IV da CF/88 e do preceito normativo contido no art. 36, §3º, inciso I, alínea “a” e inciso IX, da Lei 12.529/2011, razão pela qual o critério para a fixação da base de cálculo da responsabilidade por substituição, nas operações farmacêuticas é ilegal e arbitrário.

Registra que diante disso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula de nº 431, reconhecendo a ilegalidade da cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetida ao regime da pauta fiscal, destaca que em recente julgamento, o STJ analisando caso idêntico ao tratado na presente autuação – comercialização de medicamentos -, afastou a utilização do PMC para fins de determinação da base de cálculo do imposto de responsabilidade por substituição tributária, por entender inadequada a espécie, cuja ementa transcreve.

Declara que não restam dúvidas quanto a flagrante ilegalidade do critério estabelecido pela legislação estadual para fins de determinação da base de cálculo do ICMS de responsabilidade tributária, ao adotar o Preço Máximo ao Consumidor - PMC sugerido pela CMED através da Anvisa, uma vez que a referida instituição não é um órgão público fixador de preços, ou seja, a CMED apenas estipula critérios para regulação e ajustes de preços de medicamentos.

Por essas razões, sustenta que a Súmula 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, situação essa que demonstra a improcedência do Auto de Infração e a correta utilização por parte da Autuada do MVA disposto no art. 8º, inciso II, da LC 87/96.

Assinala que na hipótese de não ser acolhido a total improcedência do Auto de Infração, no que se refere à multa aplicada no auto de infração em questão no percentual de 60%, com base no art. 42, inciso II alínea “e” da Lei nº 7.014/96, tal penalidade viola o princípio do confisco.

Nesse tópico, afirma demonstrar a evidente violação ao preceito inscrito no art. 150, inciso IV, da constituição federal, que prevê a proibição do confisco em matéria tributária.

Lembra que o princípio da vedação do confisco é previsto no sistema tributário nacional como uma das limitações constitucionais ao poder de tributar. Diz que segundo a regra ínsita no art. 150, IV, da Constituição Federal, “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco”.

Esclarece o que seria multa confiscatória, neste caso é aquele que absorve grande parte do valor da propriedade ou de sua renda, havendo uma diferença apenas entre o imposto constitucional e o confiscatório.

A partir desse conceito, frisa ser possível constatar a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa que evidenciou o caráter confiscatório atenta contra os preceitos legais.

Registra que o confisco se caracteriza quando a alíquota efetiva, sobre uma operação, resulte que mais de 50% do seu valor econômico líquido (preço menos tributos) seja destinado ao fisco, situação está que se enquadra com o caso em tela.

Registra que em recente decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello do STF reconheceu a inconstitucionalidade das multas aplicadas por falta de pagamento de tributos ou descumprimento de obrigações acessórias acima de 20%. Observa que o Ministro considerou inconstitucional a aplicação da multa de 25% cobrada pelo Estado de Goiás de empresas que sonegaram, falsificaram ou prestaram informações erradas em notas fiscais do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Cita como exemplo o RE 754554 AgR/GO, cuja ementa reproduz.

Arremata frisando ser inadequada e ilegal a aplicação da multa no percentual de 60%, pois revela nítido caráter confiscatório.

Afirma ser a aplicação da multa no percentual de 60% totalmente ilegal e arbitrária, pois fere frontalmente a legislação, além de afrontar contra o patrimônio e o princípio da razoabilidade, caso que requer a redução da alíquota para o percentual de 20%, conforme determinado pelo STF em seus julgados.

Protesta e requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive a produção de prova pericial, provas documentais, testemunhas e todas as demais que se fizerem necessárias.

Requer que sejam acolhidas as preliminares suscitadas declarando nulo de pleno direito o Auto de Infração ora guerreado em sua totalidade, diante da existência da decisão judicial que impede a constituição do crédito pelo fisco estadual, bem como por conta da ausência dos requisitos essenciais.

Superada as preliminares, requer a procedência da presente Impugnação, vez que o Auto de Infração se encontra destituído de fundamento fático e/ou jurídico plausível, notadamente diante do fato da ilegalidade de exigência do recolhimento do ICMS-ST com base no PMC quando este se revela alheio à realidade de venda dos medicamentos no mercado varejista e, com isso, não reflete a hipótese material do tributo em tela, definida pela CF/88.

Pondera que na hipótese de não ser acolhido a total improcedência do Auto de Infração, requer, alternativamente, a sua desconstituição parcial, na medida em que é fato insuperável a existência do benefício de redução no percentual de 10% da base de cálculo do ICMS-ST, referente ao período de janeiro a maio/2018, nos termos da redação anterior do art. 268, inciso VIII, do RICMS/BA c/c cláusula 2ª, §5º, do Convênio ICMS 76/94.

Assinala que além disso, questão outra que impõe a improcedência parcial do presente auto de infração, diz respeito ao medicamento AD-VITAM GOTAS 20 ML 1CT X 200FR - FARMA que não consta na tabela CMED 2018, pois teve sua publicação dispensada, impondo-se a aplicação da MVA para o medicamento em tela, o que foi inobservado na autuação fiscal em tela.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 87 a 92, depois de resumir as razões de defesa alinhadas pelo Impugnante, articula os argumentos que se resume a seguir.

Observa que, em primeiro lugar, a decisão judicial não pode afastar o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, já que isto poderia incorrer em decadência do direito a sua

constituição, conforme sedimentada jurisprudência dos tribunais superiores. Esclarece que qualquer decisão judicial nos termos expostos pela defesa não obstam o dever do Fisco em proceder ao lançamento.

Quanto a suposta falta de indicação de requisitos legais mínimos para a compreensão da autuação, o que teria comprometido seu direito ao contraditório e a ampla defesa, assevera que a realidade dos fatos deve-se impor. Sustenta que a infração foi perfeitamente descrita, bem como os fundamentos de direito que dão base a sua sustentação.

Menciona que tanto é assim, que a Defesa acostada aos autos esmiúça em seus pormenores o levantamento fiscal, insurgindo-se, no mérito, quanto a possíveis divergências nos valores levantados pelo Fisco, expondo, além da documentação probatória dos fatos, a indicação dos dispositivos legais que entende deveriam ter sido aplicados. Arremata asseverando que a preliminar suscitada merece ser igualmente afastada.

Quanto ao mérito, destaca não haver que se falar em benefício fiscal não reconhecido pela fiscalização. Explica que, como o próprio Autuado aponta, tal benefício, constante da letra do RICMS-BA/12, decorria de permissão pelo Convênio ICMS 74/96, que foi expressamente revogado pelo Convênio 228/17, com efeitos a partir de 01/01/2018. Lembra, ainda, que o Convênio ICMS nº 234/17 substituiu inteiramente o convênio anterior, tendo entrado em vigor também em 01/01/2018, e este não trouxe em suas disposições o benefício fiscal em comento.

Desta forma, sustenta que, apesar de constar do RICMS-BA/99 a redação acerca do benefício, este foi oficialmente revogado a partir de 01/01/2018, com a revogação do Convênio que o autorizava, restando “letra morta”, o citado dispositivo regulamentar. Arremata registrando que, por isso não merece prosperar a tese defensiva.

Quanto ao medicamento AD-VITAM, observa que o Defendente comprovou, mediante apresentação de ofício da CMED, que o medicamento foi dispensado da publicação do PMC. Desta forma, diz entender que o cálculo do ICMS-ST para este caso, deve ser mediante aplicação da MVA, conforme bem pontuou o Autuado em sua peça defensiva, conforme diferenças discriminadas na tabela que acosta à fl. 90 e 91

Com isto, afirma que devem ser retificados os valores lançados correspondentes aos fatos geradores ocorridos em julho, agosto, outubro e dezembro de 2018, conforme tabela colacionada à fl. 91.

Frisa que, no tocante à suposta ilegalidade da adoção do PMC como base de cálculo do ICMS-ST sobre medicamentos, basta tomar como parâmetro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça expresso no próprio julgado trazido pela defesa no *RMS 20.381/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 03/08/2006, p. 203*).

Assinala que a utilização do PMC, como base de cálculo do ICMS-ST sobre medicamentos, merece ser reconhecida como legítima, afastando o argumento da defesa apresentado.

Destaca que a alegação da defesa de ofensa ao princípio do Não-confisco em função da multa de 60% aplicada à infração, por se traduzir em discussão de âmbito constitucional, impede que seja discutida nesta esfera meramente administrativa.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O Defendente se manifesta acerca da informação fiscal prestada pelo Autuante, fls. 98 a 101, nos termos a seguir reproduzidos.

Em relação à preliminar de nulidade suscitada destaca que o Autuante em sua manifestação desconsiderou expressamente o que foi determinado no texto no “Item 2” da decisão judicial concedida via tutela de urgência a Contribuinte, na forma do art. 300 do CPC, os pedidos cujo teor, novamente reproduz.

Pondera que, além disso, o Autuante apenas fundamentou a sua manifestação aduzindo que existiram jurisprudência dos Tribunais Superiores que dariam suporte legal para a realização da autuação, sob o fundamento de uma possível ocorrência de decadência, sem contudo trazer qual seria essa jurisprudência e se a mesma seria uma determinação isolada ou com força de recurso repetitivo ou com repercussão geral, situação essa que demonstra que a argumentação utilizada na Informação Fiscal é meramente procrastinatória e sem qualquer embasamento material.

Destaca ainda que qualquer questionamento sobre a legalidade ou ilegalidade da decisão liminar deve ser direcionada exclusivamente ao processo judicial nº 0514959-71.2018.8.05.0001 - em trâmite na 3ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA) através de recurso próprio, não cabendo ao Autuante descumprir uma decisão judicial, sob o fundamento de que o seu ato supostamente estaria abarcado pelo mando da jurisprudência dos Tribunais Superiores, além do que não restou demonstrado que estas supostas decisões dariam abrangência a todos os processos administrativos em geral.

No que tange a preliminar de Nulidade dos Requisitos Essenciais do Auto de Infração, observa que o Autuante apenas se reservou a aduzir que foi apresentado peça defensiva com farta legislação e jurisprudência sobre a matéria e, por que motivo, não caberia a alegação de cerceamento do direito de defesa.

Registra que, independentemente do absoluto grau de conhecimento normativo do Contribuinte o Autuante deveria ter indicado expressamente a norma regulatória da forma de apuração do ICMS-ST que originou o cálculo da diferença imputada, ficando sim evidenciado o descumprimento dos requisitos formais essenciais do Auto de Infração.

No mérito, ao cuidar da alegação do Autuante de que não haveria qualquer ilegalidade pela não concessão do benefício fiscal não reconhecido pela fiscalização, isto porque, segundo o benefício, constante da letra do RICMS-BA/99, decorria de permissão pelo Convênio ICMS 74/96, que foi expressamente revogado pelo Convênio 228/17, com efeitos a partir de 01/01/2018, salienta, ainda, que mesmo se o Convênio ICMS nº 234/17 substituiu inteiramente o convênio anterior, tendo entrado em vigor também em 01/01/2018, este não trouxe em suas disposições o benefício fiscal em comento.

Entretanto, frisa que o Autuante não observou que o próprio Regulamento do ICMS no art. 268, inciso VIII, prevê expressamente até quando o benefício fiscal teria validade, conforme teor que reproduz.

Prossegue destacando que se fosse verdade a alegação do Autuante de que o benefício fiscal do art. 268, inciso VIII, foi revogado pelo Convênio ICMS nº 234/17 que substituiu inteiramente o convênio anterior, tendo entrado em vigor também em 01/01/2018, e este não trouxe em suas disposições o benefício fiscal em comento. Indaga qual seria a lógica do Dec. 18.406/2018 promover expressamente a extensão do benefício até 31/05/2018.

Desta forma, prossegue afirmando ficar evidente que mesmo na vigência do Convênio ICMS nº 234/17 o Dec. 18.406/2018 postergou o benefício fiscal, ora indicado não cabendo assim as alegações perpetradas pelo Autuante.

No que se refere ao medicamento AD-VITAM, observa que o Autuante concordou com os argumentos trazidos pela Impugnante e já promoveu a retificação dos valores lançados correspondentes aos fatores geradores ocorridos em julho, agosto, outubro e dezembro de 2018, não tendo assim nada a se opor quanto aos argumentos trazidos pelo Autuante.

No que tange a alegação do Autuante de que o Superior Tribunal de Justiça entende como legal a utilização do PMC como base de cálculo sobre medicamentos, observa que o Autuante deixou de observar que o Tribunal Superior apenas entende como legítimo a aplicação do PMC quando o valor está equiparado com o valor de venda do produto, situação está que não ocorre no caso em concreto.

Assinala que carrou aos autos pesquisa mercadológica na medida em que demonstrou que os medicamentos são comercializados no mercado varejista pelas farmácias/drogarias - tanto de rede quanto estabelecimentos individuais - por preços bem inferiores aos consignados pela CMED chega até o percentual de 53,41%, o que revela uma discrepância absurda.

No que se refere a multa aplicada de 60%, observa que o Autuante apenas aduziu que a discussão está na esfera constitucional, com isso não foram analisados seus argumentos ofertados, o que lhe impede de contra-argumentar esse tópico.

Diante de todo o exposto, diz verificar-se que, apesar de ter havido o reconhecimento parcial da lavratura do Auto de Infração, existem questionamentos que foram totalmente desconsiderados e que são de suma importância para desconstituir a autuação, por isso requer que sejam considerados e ao final juntamente com a análise da defesa administrativa seja o Auto de Infração julgado improcedente.

Requer sejam as publicações e/ou intimações referentes ao presente feito sempre lançadas em nome do patrono Wagner Leandro Assunção Toledo, inscrito na OAB/SP nº 242.008 e na OAB/BA nº 23.041, com escritório situado na Rua Ewerton Visco, nº 290, Sala 1904, Edf. Boulevard Side Empresarial, Caminho das Árvores, Salvador/BA, sob pena de nulidade processual.

VOTO

No mérito, o Auto de Infração ora em lide, imputa ao sujeito passivo o cometimento de retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Consta como complemento que “Contribuinte calcula e retém o ICMS-ST exclusivamente considerando o valor de vendas (valor da mercadoria, frete, seguro, etc) e a margem de valor agregado respectiva sem considerar o PMC, quando existente, com determina a legislação do imposto (Convênio nº 76/94. Vide demonstrativos ANEXO_05A_05B.”

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante, sob o fundamento de que diante de existente e vigente decisão judicial prévia a lavratura do presente Auto de Infração que impôs a norma proibitiva de constituição de crédito tributário relacionado à matéria objeto da demanda judicial.

Ao compulsar as peças que compõem os autos, precipuamente a cópia da sentença constante do CD, fl. 83, constato que o Defendente ingressou com ação judicial, processo nº 0514959-71.2018.8.05.0001 - em trâmite na 3ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - BA), através da qual, requereu que fosse declarado o direito de recolher o ICMS-ST tendo como base de cálculo a MVA ajustada, nos termos do inciso II, do art. 8º, da LC nº 87/96 e na Cláusula Segunda, §1º do Convênio do ICMS 37/14.

Em sede de tutela de urgência, a Contribuinte requereu liminarmente, na forma do art. 300 do CPC, os seguintes pedidos abaixo descritos, veja-se:

1) Afastar o PMC (sugerido pelo fabricante ou CMED) como critério de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, uma vez que este valor é muito superior ao preço efetivamente praticado pelos estabelecimentos varejistas, autorizando o contribuinte a utilizar o critério da MVA, prevista nos termos do art. 8º, inciso II da LC 87/96 e da Cláusula Segunda, § 1º do Convênio do ICMS 37/14, por ser compatível com o valor real da operação correspondente ao fato gerador presumido;

2) Que o Fisco Estadual abstenha-se de tomar qualquer providência relativa à constituição e cobrança de eventual crédito tributário relacionado à matéria objeto da presente demanda, bem como que não adote (o Fisco) nenhum tipo de medida que implique em restrição do direito fundamental ao livre exercício de qualquer profissão ou violação ao princípio da livre iniciativa, como por exemplo: apreensão de mercadorias, não concessão de Autorização para Impressão de Documentos Fiscais – AIDF, inscrição no CADIN/BA, indeferimento de Certidão Negativa de Débitos Fiscais ou Positiva com

Efeitos de Negativa, eis que presentes os pressupostos legais que autorizam a sua concessão, forte nas disposições do art. 151, inciso V, do CTN e do art. 300, § 2º, do Código de Processo Civil.

Verifico que o julgador, em decisão liminar proferida, concedeu a tutela provisória nos estritos termos da Inicial, determinando o afastamento do PMC, como critério para fins de base de cálculo do ICMS-ST, autorizando o contribuinte a utilizar a MVA nas operações no Estado da Bahia, ficando o fisco impedido de constituir e cobrar eventual crédito tributário relacionado à matéria objeto da presente demanda.

Observo que a decisão liminar que concedeu a tutela provisória, foi proferida em 02/05/2018, (publicação em 07/05/2018), ou seja, em momento anterior à lavratura deste Auto de Infração, a qual foi datada de 20/12/2019.

Analisando a sentença, constato que a Liminar foi concedida pelo Juiz da 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SALVADOR, em 02/05/2019, na forma do pedido acima reproduzido

Ressalto, que não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Equivale dizer que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência:

CTN - LEI Nº 5.172/1966

“[...]”

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Todavia, a escolha da via judicial pelo sujeito passivo, implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, conforme previsto no art. 126 do COTEB/BA - Lei nº 3.956/81, e disciplinado pelo art. 117 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes”.

Logo, como nitidamente se infere da inteligência dos dispositivos legais supra enunciados, resta claro que a escolha do Defendente pela via judicial, importa desistência da defesa pela via administrativa, assim, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário, no entanto, mantido o lançamento devido para evitar decadência, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Ademais, deve ser salientado que, conforme disposto nos incisos II e III, do art. 167 do RPAF-BA/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, assim como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

O Impugnante requer sejam as publicações e/ou intimações referentes ao presente feito, sempre lançadas em nome do patrono Wagner Leandro Assunção Toledo, inscrito na OAB/SP nº 242.008 e na OAB/BA nº 23.041, com escritório situado na Rua Ewerton Visco, nº 290, Sala 1904, Edf. Boulevard Side Empresarial, Caminho das Árvores, Salvador/BA, sob pena de nulidade processual. Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim, à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, não se constituindo nulidade, caso assim seja feito, nada obsta de que o pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do mérito da defesa apresentada, referente ao Auto de Infração nº **269200.0029/19-0**, lavrado contra **NATULAB LABORATÓRIO S. A.**, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2021

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA- JULGADOR