

A. I. Nº - 140764.0002/14-3
AUTUADA - NBFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E
HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTE - ETEVALDO NÔNICO SILVA
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 24.11.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0216-05/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Nas operações com medicamentos a base de cálculo para fins da antecipação tributária obedece à Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, e será o valor constante na tabela de preços sugerido pelo fabricante e publicado em revistas específicas. Norma incorporada à legislação interna do Estado da Bahia, signatário do Convênio. Inexistência de pauta fiscal no caso em exame. Afastada a aplicação das disposições do Dec. nº 11.872/09, atinentes à redução da base de cálculo do imposto. O benefício foi requerido pelo contribuinte porém não foi objeto de deferimento pela Secretaria da Fazenda. Lançamento fiscal válido. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. "ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO; b) RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS.** Alegação defensiva de parcelamento do ICMS exigido em momento pretérito, antes da autuação. Não juntada aos autos de qualquer prova que certificasse a ocorrência de pagamento anterior. Infrações mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 21/03/2014 para exigir ICMS no valor original de R\$454.586,23, com as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1 - O contribuinte na qualidade de sujeito passível e responsável solidário por substituição tributária, por força do inciso XV, do artigo 6º e parágrafo 5º do artigo 8º. Da Lei nº 7.014/96, recolheu a menor, nos exercícios de 2011 e 2012, a antecipação tributária do ICMS, na importância de R\$437.569,14 (quatrocentos e trinta e sete mil quinhentos e sessenta e nove reais e quatorze centavos), incidente nas aquisições interestaduais de medicamentos e produtos de farmácia, relacionados no item 13, do inciso II do artigo 353 do RICMS. Ressalva-se que embora não tenha celebrado termo de acordo com o fisco estadual, para obter o direito de uso de regime especial, a empresa, mesmo assim, ao arrepio da Lei, utilizou indevidamente do benefício da redução da base de cálculo do imposto devido (forma simplificada), previsto pelo Decreto nº 11.872/2009, contrariando, dessa forma, a cláusula segunda do Convênio 76/94, que determina para o caso em tela, ou seja, contribuinte desprovido de regime especial, a utilização do valor correspondente ao preço constante da tabela sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor equivalente ao preço máximo de venda a consumidor (PMC), sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme demonstrado nas planilhas de cálculos e notas fiscais eletrônicas, em anexo.

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor a antecipação parcial do ICMS, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para comercialização. Valor exigido: R\$11.972,43, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valor exigido: R\$5.044,66, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 02/04/2014, através de intimação pessoal. Ingressou com defesa em 05/05/2014.

Inicialmente ressaltou que a presente medida impugnatória é tempestiva uma vez apresentada dentro do lapso prazal previsto na legislação aplicável.

Noticiou que o Auto ora guerreado imputou falta de recolhimento do imposto ICMS por supostas irregularidades ocorridas no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012.

Em apertada síntese, transcreveu parte da suposta acusação contida, na Infração nº 1.

No item epigrafado tem-se a autuação de maior relevo dado a complexidade da matéria, haja vista, que a substituição tributária progressiva vem sendo amplamente discutida em nossos Pretórios. Todavia, a recente jurisprudência assentada no STJ, é no sentido de não se admitir a aplicabilidade do regime de pauta fiscal para a cobrança do tributo (ICMS) em questão.

Disse ser perceptível as dificuldades que teve o fazendário para sustentar a cobrança do mencionado tributo pelo regime de substituição tributária progressiva.

A seu vê o autuante laborou em equívoco na interpretação da lei que rege a espécie, utilizando para a constituição da base de cálculo do imposto o odioso e ilegal, regime *de pauta fiscal*.

Entretanto, para melhor compreensão da matéria disse necessário trazer a baila o conjunto legislativo que dá sustentabilidade ao instituto de substituição tributário, a partir da Carta Política, *verbis*:

Artigo 150, § 7º, da Constituição da República,

“A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

Adiante, o artigo 155, inciso II, § 2º, inciso XII, alíneas “a” e “b”, da Constituição da República, prevê que:

“Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - 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;

[...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;”

No mesmo diapasão é o artigo 128 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

“Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

No mesmo grau de sintonia é o artigo 6º da Lei Complementar nº 87/96, temos:

“Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.”

.....

Art. 9º -A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados”

Consignou que em 30 de junho de 1994, na 74ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, editou-se o Convênio ICMS 76/94, o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos e, em sua cláusula primeira, prevê que:

“Nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

§ 1º Não se aplica o disposto nesta cláusula aos produtos farmacêuticos medicinais, soros e vacinas destinados a uso veterinário.

§ 2º É vedado ao estabelecimento importador ou industrial fabricante promover saída dos produtos indicados nesta cláusula para destinatário revendedor sem a correspondente retenção do imposto.

§ 3º O estabelecimento varejista que receber os produtos indicados nesta cláusula, por qualquer motivo, sem a retenção prevista no caput, fica obrigado a efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre sua própria operação no prazo estabelecido pela legislação estadual.”

No mesmo sentido o precedente da Segunda Turma no Recurso Especial nº 1.192.409/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 22 de junho de 2010, publicado em 01 de julho de 2010, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ELEIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - PAPEL RESERVADO À LEI LOCAL - BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA - UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

1. Compete à legislação local a indicação do terceiro partícipe da cadeia de circulação de mercadorias e produtos como substituto tributário, nos termos do art. 128 do CTN e do art. 6º da LC 87/96.

2. Distingue-se a pauta fiscal da fixação da base de cálculo (preço da operação ou prestação de serviço) por operação presumida. Aquela, repudiada pela jurisprudência desta Corte, impõe arbitrariamente o valor da base de cálculo do tributo em caráter geral; esta, utilizada no regime de substituição tributária progressiva, pressupõe procedimento administrativo legítimo, controle do contribuinte e adequação aos critérios instituídos na LC 87/96, art. 8º, II, c e §§ 2 e 3º.

3. Esta Corte admite a utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva.

4. Recurso especial não provido.”

Nessa linha, ainda, o Recurso Especial nº 1.248.963/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 07 de junho de 2011 pela Segunda Turma, cujo Acórdão foi publicado em 14 de junho de 2011 e restou assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA. REVISTA ABC FARMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. *Discute-se nos autos a possibilidade de lei local determinar como base de cálculo presumida de ICMS em regime de substituição tributária valores constantes da Revista ABCFARMA.*
2. *A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de reconhecer a ilegalidade de cobrança do ICMS com base em regime de pauta fiscal, mormente pelo fato de que "o art. 148 do CTN somente pode ser invocado para a determinação da base de cálculo do tributo quando, certa a ocorrência do fato impositivo, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa" (RMS n. 18.677-MT, relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 20.6.2005).*
3. *No presente caso, a conduta da Administração não se trata de pauta fiscal, mas de técnica para a fixação da base de cálculo na sistemática de substituição tributária progressiva, na qual se leva em consideração dados concretos, tudo em consonância com o disposto do art. 8º, §§2º e 3º, da Lei Complementar nº 87/96.*
4. *A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de **admitir a utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva.** Precedentes: REsp 1.192.409/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.6.2010, DJe 1º.7.2010; RMS 21.844/SE, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 5.12.2006, DJ 1º.2.2007; RMS 20.381/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 03/08/2006.*
5. *Quanto à alínea "c", aplicável o disposto na Súmula 83 do STJ, segundo a qual: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".*
6. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."*

Registrou em seguida que a base de cálculo do ICMS adotada pelo Autuante tem por base os preços definidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, **órgão público do Conselho do Governo da Presidência da República**, criado pelo artigo 5º da Lei nº 10.742, de 06 de outubro de 2003, que tem “*por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor*”, conforme se lê dos autos de lançamento nºs 14526310 e 14526344, *verbis*:

“Com a identificação completa dos medicamentos e de posse da lista de preços definidos pela CMED, que nos foi fornecida pela Anvisa, mês a mês, passamos a relacionar o PMC de cada produto e calcular a correta base de cálculo para obtenção do imposto de responsabilidade devido na operação, base esta que o contribuinte deveria ter praticado e não o fez. Salientamos que a lista de preço, mês a mês, fornecida para a Secretaria da Fazenda pela ANVISA, é a mesma lista de preços enviada para as revistas especializadas que publicam os preços de medicamentos para consulta pelos consumidores, nas farmácias.

É importante destacar que quem define o preço máximo de venda a consumidor (PMC) dos medicamentos para uso humano, é a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, conforme consta da Lei Federal nº 10.742, de 06/10/03, sendo que o Preço Fabricante (PF) e seu respectivo PMC, sugeridos pela própria indústria, são fixados através de Resoluções da CMED, com o apoio e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

A partir do PMC de cada medicamento e sua respectiva quantidade, constante da nota fiscal, deve-se calcular a base de cálculo para fins da substituição tributária, de cada nota fiscal, reduzindo da mesma o percentual previsto em lei do seu valor e, em seguida multiplica-se pela alíquota interna de 17% deduzindo deste resultado, o valor do ICMS próprio (ICMS NF) e o valor da substituição tributária paga se for o caso.

Que a regulação do mercado de medicamentos pela Câmara de Regulação de Medicamentos – CMED – que tem competência para estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamento – destina-se a orientar as empresas produtoras de medicamentos, sendo impréstável para fixar a base de cálculo do ICMS das operações submetidas ao regime de substituição tributária.

Frisou que o método de apuração da base de cálculo do ICMS empregado pelo Autuante, no regime de substituição tributária, não se amolda à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

exemplificada pelos precedentes acima colacionados. Trata-se, na verdade, da instituição de pauta fiscal, em matéria de medicamentos, prática vedada pela Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça, a cujo teor “*É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal*”.

Nesse passo, registrou que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu em matéria semelhante ao presente, por ocasião do julgamento, por unanimidade, do Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo nº 1.359.721/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, em 05 de abril de 2011, publicado no DJe de 19 de abril de 2011, cujo acórdão restou assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. PAUTA FISCAL. SÚMULA 431/STJ.

- 1. Hipótese em que o Estado adotou os preços máximos para venda de medicamentos fixados pela Câmara de Regulação de Medicamentos (CMED) para estabelecer a base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária.*
- 2. Não se trata, portanto, de adoção dos valores de mercado, baseada nos preços compilados por revistas especializadas, o que é admitido pela jurisprudência do STJ, mas sim de verdadeira pauta fiscal, vedada nos termos da Súmula 431/STJ.*
- 3. Agravo Regimental não provido.”*

Transcreveu, por pertinência, o voto do Em. Ministro Relator, *verbis*:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ELEIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - PAPEL RESERVADO À LEI LOCAL - BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA - UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

(...)

2. Distingue-se a pauta fiscal da fixação da base de cálculo (preço da operação ou prestação de serviço) por operação presumida. Aquela, repudiada pela jurisprudência desta Corte, impõe arbitrariamente o valor da base de cálculo do tributo em caráter geral; esta, utilizada no regime de substituição tributária progressiva, pressupõe procedimento administrativo legitimante, controle do contribuinte e adequação aos critérios instituídos na LC 87/96, art. 8º, II, c e §§ 2 e 3º.

3. Esta Corte admite a utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1192409/SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010 – grifei)

De fato, a adoção de preços presumidos, baseados em valores publicados em revistas especializadas, é possível para a base de cálculo do ICMS na sistemática de substituição tributária.

Entretanto, acolhi um primeiro Agravo Regimental interposto pela contribuinte e reconsiderarei a decisão originária para negar provimento ao Agravo de Instrumento.

Isso porque, no caso dos autos, o Estado simplesmente utilizou os preços máximos para venda de medicamentos fixados pela Câmara de Regulação de Medicamentos (CMED), conforme o seguinte trecho do acórdão proferido pelo TJ-RS (fls. 488-489):

Então, com inteira razão o douto e judicioso parecer do Ministério Público de primeiro grau, de fls. 335/338, verbis:

(...)

Assim, o Fisco pretende cobrar os valores do contribuinte valendo-se da tabela de valores de preços máximos ao consumidor (PMC), estabelecida pela Câmara de Regulação de Medicamentos (CMED), conforme a Lei nº 10.742/03, reajustada periodicamente através de Resoluções da CMED com o aval da ANVISA. Logo, procura tarifar o "preço de pauta" no comércio de medicamentos pela impetrante.

Não se trata, portanto, de adoção dos valores de mercado, com base nos preços compilados por revistas especializadas, mas sim de verdadeira pauta fiscal, o que é vedado pela jurisprudência pacífica, consolidada pela Súmula 431/STJ: "É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Assim, o acórdão proferido harmoniza-se com o entendimento do STJ, de modo que deve ser mantido."

O Acórdão confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça fora proferido pela Segunda Câmara Cível deste Tribunal na Apelação Cível nº 70025675042, Relator Des. Roque Joaquim Volkweiss, em 18 de março de 2009, e restara assim ementado:

*“DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COBRANÇA DE ICMS COM BASE EM PAUTA FISCAL: IMPOSSIBILIDADE. Como decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 595281/MT (1ª Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, julgado em 13/12/2005, DJ 01/02/2006), “em relação à possibilidade de cobrança de ICMS baseada em pauta fiscal, esta Corte, no julgamento dos EREsp 33.808/SP, de relatoria do Min. Demócrito Reinaldo, já pacificou entendimento no sentido de ser inadmissível a fixação da base de cálculo de ICMS com supedâneo em pautas de preços ou valores, as chamadas pautas fiscais. Isso porque, **na realidade, a base de cálculo desse tributo é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria, somente sendo admissível a utilização dessas pautas nos casos previstos no art. 148 do CTN**” (arbitramentos), que não é a hipótese dos autos. **DECISÃO: Recurso provido. Unânime.**”*

Por tudo quanto esposado, principalmente, com vistas nos recentes julgados pela Corte Superior, disse ser inadmissível a aplicabilidade de pauta fiscal para formação da base de cálculo para efeito de apuração da substituição tributária. Que lamentavelmente o Autuante não se alinhou a jurisprudência dominante, cobrando o tributo com base em pauta fiscal, ou seja, valendo-se do PMC. Portanto, tal cobrança deve ser afastada de plano, pois, não encontra agasalho na legislação aplicável com ressonância jurisprudência citada.

Ponderou que mesmo em se tratando de imposto por substituição tributária, todavia, a cobrança não pode atropelar a filosofia do ICMS – imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, ou seja, se não há circulação de mercadorias ou serviços não há incidência do imposto. Por outro lado a saída presumida precisa guardar proporção simétrica com as leis de mercado, com margens de lucratividade; tem que ser compatível com a oferta e a procura e, nesse caso, a pauta fiscal utilizada eleva os preços as "alturas dos céus, quiçá, de outras galáxias".

Quanto ao regime especial para usufruir do benefício afirmou que o Estado foi moroso e não concedeu a época que foi tempestivamente requerido pelo contribuinte.

Detalhou que a autuada tinha o benefício do Decreto nº 7.799 de 2000 e se abdicou do mesmo para requerer o então Regime Especial, onde foi protocolado sob o nº 027093/2010-3. A época do requerimento à autuada cumpria todas as exigências para obter o tal regime, porém, o Estado de forma morosa com suas atividades não fez o deferimento do requerimento e como isso causou e está causando transtornos de difícil reparação. Caso a autuação prospere a empresa terá que encerrar suas atividades.

No que tange às infrações 2 e 3, declarou que as mesmas já foram devidamente parcelada em momento pretérito.

Em seguida fez digressões acerca de questões doutrinárias relacionadas com o Direito Administrativo, fazendo citações de lições de Hely Lopes Meirelles, relacionadas aos princípios da legalidade e verdade real dos fatos ocorridos no período fiscalizado.

Ao finalizar a peça impugnatória pediu pela improcedência do Auto de Infração e requereu provar, também, o alegado por todos os meios de provas úteis em direito, mormente, pela junta de novos documentos e aditamento da presente.

Foi prestada informação fiscal, por auditor estranho ao feito, apensada às fls. 193 a 198 do PAF. Após fazer uma síntese da autuação e das razões defensivas foi informado que o regime da substituição tributária tem previsão na Constituição Federal, no CTN e na legislação ordinária. Que o estado da Bahia e demais unidades federativas firmaram acordo de Substituição Tributária para medicamentos de uso humano e demais produtos comercializados por farmácias, através do Convênio ICMS 76/94, recepcionado, na Bahia, pelo Decreto nº 6.284/97, que aprovou o RICMS, especificadamente no item 33, do inc. II, do art. 353, norma que foi transcrita na peça informativa.

Que a norma contida na cláusula segunda do citado Convênio, que trata da base de cálculo do ICMS-ST contém regra muito diferente do preço de pauta, por ser este instrumento legal utilizado

pela administração tributária, divulgada por meio de instruções normativas, para a fixação de preços de produtos minerais, cerâmicos, agropecuários etc., sujeitos a sazonalidade. Já o PMC (preço máximo de venda a consumidor) é utilizado para fins de ST, sendo fixado no Conv. ICMS 76/94. Em relação aos preços traduzidos com estratosféricos declarou que os mesmos não foram criados pela imaginação fiscalista, mas sugeridos ao público pelos próprios estabelecimentos industriais fabricantes.

Consignou ainda que o estabelecimento autuado também comercializa com produtos de tributação normal, conforme demonstra os Recolhimentos de Receita nº 2.175 (antecipação parcial).

Ao finalizar a peça informativa pede pela manutenção do Auto de Infração e a consequente declaração de sua procedência.

VOTO

Em relação às infrações 2 e 3 a declaração da defesa de que o ICMS exigido por antecipação parcial foi devidamente parcelado em momento pretérito não se fez acompanhar das provas documentais que evidenciassem a alegada ocorrência. Por sua vez os demonstrativos elaborados pelo autuante evidenciam que o mesmo abateu as parcelas do imposto que foram recolhidas pelo contribuinte antes da autuação, a exemplo do demonstrativo apensado à fl. 85 do PAF. Não havendo prova do pagamento do tributo lançado nem sequer contestação das imputações fiscais, declaro a procedência dos itens 2 e 3 do Auto de Infração.

Quanto ao item 1 do Auto de Infração, a impugnação interposta pelo sujeito passivo, em síntese, consiste em aduzir ser ilegal a base de cálculo utilizada para apuração do imposto exigido, formada a partir dos Preços Máximos de Venda ao Consumidor (PMC), divulgados pela Revista ABCFARMA, conforme definido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, órgão público vinculado ao governo federal. Aduziu a defesa que o autuante fez uso da instituição da pauta fiscal, em contrariedade a reiteradas decisões judiciais, consolidadas na Súmula 431, do Superior Tribunal de Justiça.

Da análise das razões defensivas, constato que as mesmas são incapazes de modificar o lançamento de ofício, a qual se encontra devidamente fundamentada, uma vez que:

1. O art. 11 da Lei nº 7.014/96 dispõe que *“Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento”*. Por sua vez, o art. 353, II, item 13, do RICMS/BA, prevê a substituição tributária por antecipação nas saídas internas para os produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário.
2. Em harmonia com tais dispositivos, o art. 61, § 2º do RICMS/97 explicita que a determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária de produtos farmacêuticos especificados no item 13 do inc. II do art. 353 será feita em consonância com o Convênio ICMS 76/94 e suas alterações posteriores.
3. Já o Convênio ICMS 76/94, em sua cláusula segunda, prevê que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Por outro lado, o § 1º da cláusula segunda determina que inexistindo o valor de que trata o “caput” a base de cálculo será obtida, tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do IPI, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas

tabelas apresentadas. Importante ressaltar, mais uma vez, que as disposições do citado Convênio, quanto à determinação da base de cálculo do ICMS-ST, foram incorporadas à legislação interna do Estado da Bahia, conforme destacado linhas acima (itens 1 e 2).

4. É notório que os medicamentos de uso humano possuem preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme revista da ABCFARMA, por exigência da CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos), consoante Lei nº 10.742/2003, os quais equivalem ao preço máximo oficial permitido pelo Governo Federal, fixado por conduto de resoluções, nas quais são indicados os divisores variáveis vigentes para cada período, qualidade que habilita na composição da base de cálculo em questão, nos exatos termos prescritos pela LC nº 87/96, cujo valor máximo fixado para comercialização pode vir a não corresponder exatamente ao preço praticado no mercado, sendo-lhe inferior ou superior, porém, em qualquer hipótese, encerra-se a fase de tributação da mercadoria, nos termos do art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 7.014/96, sendo assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar, consoante art. 12 do citado diploma legal.
5. Tal mecanismo, é importante registrar, não se identifica, em absoluto, com a instituição de pauta fiscal, pois não se trata de uma operação presente, mas sim diante de operações futuras, cujos elementos quantitativos são desconhecidos, tendo, assim, que ser estimados por presunção, o que é inerente à própria sistemática da substituição tributária, pois indispensável à sua viabilização.
6. É de se ressaltar ainda que a base de cálculo do ICMS-ST sofre redução de 10% (dez por cento), contemplando exatamente as possíveis divergências que possam ocorrer entre o valor sugerido pelos fabricantes e o preço efetivamente praticado na venda a varejo, em razão de descontos, abatimentos, promoções etc.

Assim, diante do exposto, conclui-se que a base de cálculo, definida na lei, para medicamentos, é preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial e divulgado ao público. No caso concreto, a base de cálculo utilizada pela empresa autuada foi inferior à prevista na norma legal, configurando-se a infração quando da emissão das notas fiscais que acobertaram as operações de remessa de medicamentos a contribuintes revendedores varejistas.

Somente em caso de inexistir aquele valor é que a base de cálculo será obtida, tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista (valor da operação), neste preço, incluídos o valor do IPI, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas apresentadas no próprio Convênio ICMS 76/94, consoante § 1º da referida cláusula segunda.

Ressalto ainda que o posicionamento defendido pela autuada não encontra ressonância na jurisprudência deste CONSEF, que vem entendendo, de há muito, que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária (no caso de medicamentos) é o preço determinado pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta desse preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

A título de exemplo reproduzo trechos do voto da lavra da então Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, a respeito da adoção do preço sugerido pelos fabricantes e constante em revistas especializadas como a ABCFARMA (ACÓRDÃO CJF Nº 0437-11/08):

No que pertine ao Recurso Voluntário, quanto ao seu mérito, entendemos que a tese central do contribuinte no que toca à infração descrita no item 1 da autuação, gira em torno da inaplicabilidade das tabelas de preços fornecidas pelos estabelecimentos industriais, publicadas em revistas farmacêuticas. No entanto, esta matéria já é assente neste Conselho de Fazenda, sendo pacífico o acatamento das referidas tabelas como

fonte para a apuração da base de cálculo nas operações com produtos farmacêuticos, devendo, assim ser mantida a Decisão recorrida.

A exigência fiscal em tela tem respaldo na legislação que rege a substituição tributária nas operações com medicamentos, e está respaldada na Lei Complementar nº 87/96, no Convênio ICMS 76/94 e na Lei nº 7.014/96, em seu art. 23, §§ 2º e 3º. No que toca à base de cálculo da substituição tributária, efetivamente a que deve ser aplicada nas operações em tela é aquela prevista no Convênio ICMS 76/94, em sua Cláusula Segunda, caput, abaixo transcrito:

“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.

Ressalte-se que as exigências fiscais referem-se a fatos geradores dos exercícios de 1997 e 1998, portanto, devemos nos reportar à legislação então vigente. Assim, o órgão competente para definir os preços dos produtos farmacêuticos da linha humana é a Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda, que através da Portaria nº 37/92, de 11.05.92, estabeleceu os parâmetros para definição do preço máximo ao consumidor a ser adotado pelos fabricantes de medicamentos, no § 1º do art. 2º, “in verbis”:

“§ 1º - O preço máximo ao consumidor para os produtos a que se refere o CAPUT deste artigo será calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e será único em todo o território nacional”.

Efetivamente a multicitada Portaria ainda determina que as unidades de comércio varejista deverão manter a disposição dos consumidores as listas de preços máximos ao consumidor, listas estas que serão elaboradas a partir das informações dos laboratórios dos seus preços, preços estes que serão divididos pelo percentual de 0,7 (zero vírgula sete) acima mencionado, chegando-se ao preço máximo de venda.

Assim, não merecem guarida as alegações do recorrente de que as referidas listas de preços de medicamentos *não são divulgadas publicamente, tratando-se de tabelas veiculadas em revistas editadas por associações, cuja* distribuição se restringe aos seus associados, não estando o recorrente obrigado a associar-se a qualquer delas, ou que a falta de divulgação dos preços máximos de venda em meio acessível a todo o público impossibilita a aplicação do critério previsto no caput da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, já que a fixação dos preços como base de cálculo da substituição tributária independe desta publicação, visto que a Portaria nº 37/92 já define como se chegará a este preço, conforme se depreende da simples leitura do dispositivo retrotranscrito.

Assim é argumento falacioso dizer-se que como as referidas tabelas são elaboradas pelos fabricantes de medicamentos e não são de conhecimento do público, não poderia o recorrente aplicar a regra do caput da Cláusula segunda do convênio multicitado, pois como adquirente/distribuidor dos produtos em referência o recorrente tem pleno conhecimento do preço praticado pelos fabricantes – devidamente consignado no documento fiscal de aquisição – e a partir dele poderia, sem a necessidade das tabelas, calcular o preço máximo ao consumidor aplicável, obtido através da regra citada acima, disposta na Portaria nº 37/92.

Reforce-se que a referida Portaria Ministerial nº 37/92 elevou as listas em apreço à categoria de preço sugerido pelo órgão competente, já que essa norma impositiva estabelece a forma de proceder ao cálculo para chegar-se a tais preços. Portanto, as listas publicadas pelas entidades referenciadas não são preços sugeridos livremente, pois de fato revelam a limitação da margem de comercialização, segundo os ditames do § 1º da Portaria Ministerial nº 37/92.

Podem ser citadas também diversas decisões no mesmo sentido, contidas nos Acórdãos CJF nºs 0293-11/09, 0199-11/09, 0129-12/09, 0056-11/09, 0443-12/10, 0208-11/11 e 0135-11/11.

Por sua vez os pareceres e decisões judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça defensiva também são incapazes de alterar o entendimento aqui apresentado, posto que não são vinculantes para a Administração Pública.

Cabe agora enfrentarmos os argumentos defensivos relacionados à aplicação das disposições do Dec. nº 11.872, de 06/12/09, aos fatos geradores lançados no presente Auto de Infração, questão de mérito a ser também enfrentada.

O Decreto nº 11.872/09 instituiu regime especial ao distribuidor de medicamentos localizado neste estado (Bahia), implicando em deslocamento da responsabilidade da antecipação do remetente para o destinatário da mercadoria e redução da base de cálculo do imposto.

No entanto, no caso específico deste processo o adquirente das mercadorias, ora autuado, apesar de ter requerido o benefício não teve a seu favor deferida a medida, não podendo na fase do contencioso administrativo pleitear a redução da carga tributária fixada no referido Decreto. Não houve a alegada morosidade atribuída a Fazenda Pública Estadual. O lançamento, portanto, é válido, não havendo ofensa aos princípios da legalidade e da verdade material, ínsitos ao processo administrativo fiscal.

Frente ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140764.0002/14-3**, lavrado contra **NBFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$454.586,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO –JULGADOR