

PROCESSO	- A. I. Nº 281331.0301/13-4
RECORRENTE	- MULTILAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0148-05/14
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 13/04/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0079-12/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas operações interestaduais com medicamentos, a base de cálculo deve ser calculada de acordo com a Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/1994: valor constante da tabela de preços sugeridos pelo fabricante, publicada em revistas específicas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 5ª JJF Nº 0148-05/14, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 04/03/2013 para exigir crédito tributário na cifra de R\$ 7.010.768,76, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e" da Lei 7.014/1996, sob a acusação de retenção e recolhimento a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, do imposto relativo às operações de venda subsequentes, efetuadas para contribuintes localizados neste Estado (exercícios fiscalizados: 2009/2010).

Está dito que os trabalhos de fiscalização tomaram como fundamento as informações extraídas da base corporativa dos sistemas de notas fiscais eletrônicas, bem como dos arquivos magnéticos com valores de PMC (preço máximo de venda para consumidor final, da ABCFARMA) e “informações eletrônicas do contribuinte” constantes dos bancos de dados da SEFAZ-BA.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 31/07/2014 (fls. 398 a 410), decidindo pela Procedência por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

"O Auto de Infração em lide versa sobre a exigência de ICMS por substituição tributária (ICMS-ST), nas operações com medicamentos da linha humana, em operações interestaduais, regidas pelo Convênio ICMS 76/94, de que são signatários, à época da ocorrência dos fatos geradores, o Estado do Rio Grande do Sul, onde se localiza o remetente (autuado) e o Estado da Bahia, onde estão estabelecidos os contribuintes destinatários dos produtos (contribuintes substituídos).

O cerne da controvérsia gravita em torno da apuração da base de cálculo do ICMS-ST, defendendo a empresa a aplicação do valor da operação e os autuantes o uso do PMC (preço máximo de venda a consumidor), informado pelos fabricantes de medicamentos.

Na peça de defesa o autuado arguiu nulidades do procedimento fiscal e, no mérito, se insurgiu com o uso do PMC como critério de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, conforme se encontra detalhado no Relatório.

No que concerne aos vícios da autuação apontados na peça impugnatória não as acolho pelas razões a seguir expostas. O enquadramento legal apontado no PAF, ‘Cláusulas segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS 76/94 e alterações posteriores’, tratam - da obrigatoriedade da substituição tributária nos casos previstos, dos prazos ou momento de recolhimento do tributo e da base de cálculo - estando perfeitamente caracterizada a infração do ponto de vista formal e em conformidade com o sistema de geração do Auto de Infração da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

No aspecto probatório, conforme ressaltaram os autuantes, na fase de informação fiscal, foram acostadas ao presente processo todas as informações necessárias, de caráter sintético e analítico para o total, fácil e claro entendimento da ação fiscal empreendida. Encontra-se anexado ao presente processo, especificamente na página 8, o resumo mês a mês dos valores apurados, que serviram de base para a construção do Auto de Infração.

O Auto de Infração faz referência a este quadro resumo, inclusive, indicando a página do processo. Nas páginas 9 a 36 consta o relatório de caráter analítico, que demonstra a “Apuração do ICMS ST Retido a Menor”, sendo que no PAF estão apensados apenas a primeira folha e as totalizações mensais deste relatório. Entregue, em meio magnético, à autuada, e acostado ao PAF (págs. 37 a 39), os demonstrativos analíticos em sua totalidade. Os dados foram obtidos na base corporativa da NFe da SEFAZ-BA.

Os demonstrativos analíticos, por sua vez, trazem informações de cada Nota Fiscal, item a item, com as alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada e reduzida e o ICMS-ST encontrado. Nele consta detalhadamente, passo a passo, por coluna, todas as etapas do cálculo do ICMS-ST devido. Constam ainda informações de ano, mês e dia, número da nota fiscal, código do produto, data do lançamento, CNPJ e nome da empresa destinatária, UF de destino e alíquotas interna e de origem.

Assim, não procede, sob nenhum aspecto, a petição de nulidade do processo por erro no enquadramento e tipificação da inflação e da falta de informação para conclusão dos procedimentos de cálculos do imposto devido.

Conforme enfatizaram os autuantes: “Corrobora esse entendimento a declaração da empresa em sua peça de defesa, especificamente à pagina 55, onde declara ter debruçado “... sobre o Auto de Infração ora hostilizado, efetuando uma verdadeira revisão/auditoria no mesmo ...” e posteriormente afirmando que “... a impugnante constatou que os Auditores Fiscais autuantes apuraram diferenças de parcelas de ICMS de responsabilidade por substituição tributária (ICMS-ST) em virtude da aplicação, para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, do valor correspondente ao Preço Máximo ao Consumidor Final sugerido pelo fabricante (PMC) publicado nas Revistas da ABCFARMA, circunstância esta que, na percepção do Fisco, teria ensejado a retenção a menor do ICMS pela ora impugnante”.

Portanto, ficou patenteada a possibilidade de análise e entendimento do Auto de Infração por parte do autuado. Assim, não há porque se falar que o presente PAF não deixa de forma clara, objetiva e suficiente o fato praticado pela impugnante, sendo incabível o pedido preliminar de nulidade.

No mérito, a impugnação interposta pelo sujeito passivo, em síntese, consiste em aduzir ser é 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.

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 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 autuado 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 estabelecidos no Estado da Bahia.

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 autuado 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 transcrita:

“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 multicidada 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 multicidado, 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.

Partindo-se da premissa de que a base de cálculo do ICMS-ST fixada a partir dos preços sugeridos pelo fabricante é legal não há justificativas para se apreciar pedido de realização de perícia ou pesquisa de preços.

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 Decreto nº 11.872, de 06/12/09, aos fatos geradores lançados no presente A.I., questão de mérito que foi devolvida esta JJF pela 2ª Instância.

Inicialmente, observo que disposições do citado Decreto são inaplicáveis aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2009, posto que em seu o art. 6º ficou estabelecido que a norma em questão passaria a ter vigência na data da publicação, ocorrida em 04 de dezembro de 2009, porém, com produção de efeitos a partir de 1º de janeiro de 2010;

No tocante aos fatos geradores ocorridos ao longo do exercício de 2010, há dois óbices legais impeditivos da aplicação do citado Decreto:

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.

No entanto, no caso específico deste processo, o remetente das mercadorias, ora autuado, está estabelecido no Estado do RS, signatário, juntamente com a Bahia e outras unidades federadas, do Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos da linha humana.

Nesta situação o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST é o industrial/fabricante ou importador, posto que as normas do Convênio, aplicadas conjuntamente com as disposições da legislação interna, são obrigatórias ou cogentes, circunstância que afasta a possibilidade de deslocamento da sujeição passiva aos destinatários das mercadorias.

O que o dispõe a Lei Estadual do ICMS e o RICMS/97, de acordo com as disposições vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores em exame:

Lei nº 7.014/96 - art. 11:

Art. 11. 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.

(...)

RICMS - art. 370:

Art. 370. Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nesta subseção e nos convênios e protocolos (Anexo 86) para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas (Conv. ICMS 81/93).

O outro obstáculo legal está previsto no próprio texto Decreto nº 11.872/09, no seu art. 2º, com o seguinte comando normativo:

"Art. 2º - Havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto neste Decreto" (redação vigente entre 1º/01/2010 e 21/12/2013).

Conforme foi corretamente pontuado na informação fiscal, à fl. 312 do PAF, mesmo estando as distribuidoras destinatárias ou parte delas habilitadas a operar no regime especial através de termo acordo firmado com este Estado, não houve, entretanto, entre a Bahia e Rio Grande do Sul, a celebração de Protocolo específico ou Convênio, conforme exigência expressa do Decreto, deslocando a responsabilidade da antecipação tributária para as distribuidoras adquirentes, com a correspondente dispensa da obrigação para a empresa remetente, situação que reforça a inaplicabilidade das disposições do Decreto nº 11.872/09, e por sua vez, revela a supremacia e a incidência das regras do Convênio ICMS 76/94, sobre as operações objeto do presente Auto de Infração.

Diversamente do que ocorre entre a Bahia e o Rio Grande do Sul, cito, a título de exemplo, os Protocolos ICMS 99/09 e 105/09, firmados com os Estados do Paraná e São Paulo, que autorizam a incidência de norma do Decreto nº 11.872/99, afastando a responsabilidade dos estabelecimentos remetentes de medicamentos para as distribuidoras que possuam regime especial com a fazenda pública baiana.

Em concordância com a interpretação acima alinhavada menciono duas decisões deste CONSEF, com destaque para os seguintes trechos:

ACÓRDÃO CJF Nº 0061-12/13 - origem: 2ª Câmara de Julgamento Fiscal

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. ESTABELECIMENTO ATACADISTA. SUJEIÇÃO PASSIVA COM BASE NA CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO ICMS 81/93. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de inexistência de obrigatoriedade de retenção e recolhimento do imposto na forma prevista no Convênio 76/94 não procede, haja vista que nos termos da Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93 – que disciplina as normas gerais de substituição tributária nas operações realizadas com base em acordos interestaduais - cabe ao remetente das mercadorias sujeitas à substituição tributária por força de convênios ou protocolos, efetuar a retenção e o recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Infração subsistente. Não acolhida a preliminar suscitada. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Acórdão 0224-05/12 - Originário desta 5ª JJF

O Decreto nº 11.872/09, questionado pelo contribuinte autuado, por oportunidade, somente entrou em vigor em 01.01.2010, fora do período da presente autuação e, portanto, não deu causa à autuação em exame. Contudo, institui regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizados nesse Estado e, diverso daquele estabelecido pelo Decreto nº 7.799/00, implica o deslocamento da responsabilidade pela antecipação do remetente para o destinatário da mercadoria, detentor do regime especial de tributação. Por derradeiro, o tratamento previsto no citado decreto não se aplica às aquisições interestaduais de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário efetuadas junto a Estados signatários do Convênio ICMS 76/94.

Por essas razões entendo inaplicável à situação em exame o opinativo elaborado na DITRI, através do plantão fiscal (doc. fls. 275 a 277), no que concerne a exclusão da responsabilidade tributária por substituição da empresa autuada, que invocou, em sua defesa, a aplicação das disposições previstas no Decreto nº 11.872/09. O entendimento ali firmado se encontra em desconformidade com a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e em conflito com as decisões exaradas por este CONSEF, acima reproduzidas.

Ademais a própria plantonista da DITRI, ressaltou na mensagem encaminhada via "e-mail" que as informações transmitidas ao contribuinte não produziam os efeitos inerentes ao processo de consulta tributária, previsto no art. 158, da Lei nº 3.956/91 (COTEB), regulamentada pelo Decreto nº 7.629/99 (RPAF), inexistindo, neste caso, afronta ao princípio da segurança jurídica.

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

Inconformado, de acordo com o art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999, o sujeito passivo interpõe

Recurso Voluntário às fls. 422 a 451, no qual inicia sintetizando os fatos e aduzindo que a Decisão recorrida, a qual alega ser nula, ao negar diligência, cerceou o seu direito de defesa e infringiu princípios constitucionais.

A controvérsia de mérito da lide reside principalmente na suposta impossibilidade de uso do PMC como critério de determinação da base de cálculo do ICMS por substituição tributária, nas negociações com produtos da indústria farmacêutica (medicamentos de uso humano). Por se tratar de um balizador de teto, o mesmo não reflete, a seu ver, os preços praticados no mercado de varejo, o que teria resultado em contrariedade ao art. 6º, §§ 3º e 6º da LC 87/1996 c/c art. 23, §7º da Lei nº 7.014/1996.

Assim, transcrevendo doutrina e jurisprudência, sustenta a necessidade de realização de pesquisa de preços (diligência), com o objetivo de determinar a base imponível correta.

Suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de existência de vício de motivação, referente à “*insuficiência da definição da matéria tributável*”, com o consequente cerceamento dos direitos à defesa e ao contraditório. O lançamento de ofício, assim como o julgamento de primeiro grau, na sua concepção, não esclareceram qual conduta resultou na retenção a menor do ICMS-ST (substituição tributária).

No mérito, relativamente ao cálculo da base de tributação, assinala que o art. 8º, §3º da LC 87/1996 contém o termo “*poderá*”, e não “*deverá*”, menciona a Súmula 431 do STJ, que proíbe o regime de pauta fiscal, e clama pela eficácia do art. 8º, II, LC 87/1996, c/c cláusula segunda, Convênio ICMS 76/1994 e art. 23, II, “a”, “b” e “c” da Lei do ICMS/BA (nº 7.014/1996), que estabelecem como balisa o valor da operação praticada pelo estabelecimento atacadista substituto, acrescido de MVA (margem de valor adicionado) e encargos (frete, seguro, IPI etc.).

Às fls. 440 a 442, entre outros argumentos atinentes a pesquisas de mercado, colaciona Decisão do TCU, transcreve legislação do Estado da Bahia e traz planilha, através da qual objetiva demonstrar que os preços de medicamentos praticados em diversas farmácias localizadas em Salvador-BA são menores do que o PMC.

Em seguida, assegura que não podem prosperar os motivos adotados pela instância primeira para não aplicar, na situação em análise, as disposições do Decreto Estadual nº 11.872/2009, com vigência a partir de 2010, pois vários clientes seus, destinatários das mercadorias, possuíam o regime especial de que trata. Tal entendimento - de que prevalecem as regras do Decreto - teria sido chancelado por agente de tributos estaduais, através do e-mail transscrito à fl. 446, resultante da prestação de serviço de respostas a questionamentos de contribuintes, a qual reconhece não ser consulta formal, muito embora afirme ter gerado expectativa de direito.

Prossegue alegando que a exigência, estatuída no art. 2º do Decreto nº 11.872/2009, de celebração de acordo interestadual específico (entre as unidades federativas envolvidas) para a legitimação do regime especial previsto no Decreto nº 11.872/2009, tem como consequência violação à isonomia e à livre concorrência.

Tal inconstitucionalidade foi percebida pelo chefe do Poder Executivo do Estado da Bahia, que, através do Decreto nº 14.898/2013, transscrito à fl. 450, deixou de exigir previsão expressa em acordo interestadual. Na sua concepção, a referida norma é interpretativa.

Por fim, encerra pleiteando o acolhimento das razões do Recurso.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 473 a 476, assinala que os argumentos do apelo são repetitivos, todos apreciados na instância de origem, e que o contribuinte não trouxe ao processo elementos capazes de alterar o Acórdão de primeiro grau.

Opina no sentido da rejeição da preliminar de nulidade, assim como do pedido de diligência, pois tanto a acusação, alicerçada na legislação estadual, quanto os demonstrativos juntados às fls. 09 a 35, esclarecem suficientemente os cinco aspectos da obrigação tributária (pessoal, material, temporal, quantitativo e territorial), falecendo a este órgão competência para declarar inconstitu-

cionalidade (art. 167, Decreto nº 7.629/1999).

Quanto à base de cálculo, é legítima a aplicação do PMC, que deve prevalecer em relação ao valor da operação própria acrescido de MVA (margem de valor adicionado) e despesas, consoante a cláusula segunda do Convênio ICMS 76/1994 c/c art. 61, §2º, I do Regulamento do ICMS de 1997.

Afirma não ser cabível a aplicação dos benefícios previstos no Decreto nº 11.872/2009, uma vez que o recorrente não é distribuidor de medicamentos localizados nesta unidade da Federação (BA). Não podem os distribuidores daqui, mesmo os que possuem Termo de Acordo, se responsabilizar pelo pagamento do gravame, com a desoneração do substituto, já que não existe protocolo entre a Bahia e o Rio Grande do Sul (onde se localiza o recorrente), conforme preconiza o art. 2º do citado Decreto.

Quanto ao opinativo da DITRI (Diretoria de Tributação), emitido por e-mail, a PGE/PROFIS (Procuradoria do Estado) entende que a exclusão da responsabilidade tributária do autuado colide com a legislação e com a jurisprudência deste Conselho de Fazenda.

Por isso, sugere o Não Provimento do Recurso Voluntário.

Às fls. 479 a 484, repetindo as argumentações e os pedidos acima relatados, o contribuinte ingressa com petição, à qual anexa a Decisão Interlocutória judicial de antecipação de tutela de fls. 485/486, que determinou a suspensão da exigibilidade do crédito concernente ao Auto de Infração 281331.0401/13-9, de teor idêntico ao presente.

Outra petição foi apresentada às fls. 497/498, com o requerimento de redistribuição do processo para esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, considerada preventa, por ter julgado nula a Decisão de primeira instância de fls. 317 a 324 (Acórdão JJF 0155-05/13), através do Acórdão CJF 0107-12/14 (fls. 377 a 385).

Tal pleito foi acolhido, à fl. 506.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento, do lançamento de ofício e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na peça de defesa, os auditores fiscais e os julgadores da instância de origem expuseram com precisão a fundamentação de fato e de direito, descreveram a acusação de forma minuciosa, clara e comprehensível, com a indicação dos documentos e demonstrativos (fls. 09 a 35), bem como de seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico (campos “*Descrição dos Fatos*”, “*Enquadramento*” e “*Multa aplicada*” de fls. 03/04).

O fato de a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) ter negado o pleito de diligência não reveste a Decisão recorrida de qualquer vício, muito menos insanável, porquanto tal postura foi adotada em conformidade com o art. 147, I, “a” do sobredito Decreto processual.

Relativamente à motivação fática e jurídica do ato, os próprios argumentos expendidos no Recurso e na impugnação comprovam ter sido correta, além de suficiente para a compreensão dos fatos e para o consequente exercício do contraditório e da ampla defesa.

O recorrente demonstrou ter entendido a natureza da situação, pois, em sede de impugnação, à fl. 55, afirmou e destacou em “negrito” que “os auditores fiscais autuantes apuraram diferenças de parcelas de ICMS de responsabilidade por substituição tributária (ICMS-ST) em virtude da aplicação, para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, do valor correspondente ao Preço Máximo ao Consumidor Final sugerido pelo fabricante (PMC) publicado nas Revistas da ABCFARMA, circunstância esta que, na percepção do fisco, teria ensejado a retenção a menor do ICMS (...”).

Não foi constatada violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou

tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, constantes do art. 2º do Decreto nº 7.629/1999, tendo sido observadas todas as garantias a que possuem direito os contribuintes no contencioso administrativo.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Com fundamento no artigo acima mencionado (147, I, “a”, RPAF/1999), indefiro o pedido de diligência, destinada a pesquisa de preços ou a quaisquer outras finalidades, pois os elementos necessários e suficientes para formar a convicção dos membros deste órgão estão presentes nos autos.

Em relação ao alegado fato de que a exigência, estatuída no art. 2º do Decreto nº 11.872/2009, de celebração de acordo interestadual específico para a legitimação do regime especial previsto no Decreto nº 11.872/2009, ter como consequência violação à isonomia e à livre concorrência, este Conselho de Fazenda não tem atribuição para declarar constitucionalidade, tampouco para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III, Decreto 7.629/1999).

No mérito, muito bem assinalado pelo relator de origem e pela PGE/PROFIS que a pretensão recursal não encontra amparo na jurisprudência deste Conselho de Fazenda, a qual já pacificou a concepção de que a base de cálculo do ICMS por substituição tributária nas operações com medicamentos é o preço para venda a consumidor determinado por órgão competente. Na falta deste valor, a quantia correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelos estabelecimentos industriais, constante de revistas especializadas, como a ABCFARMA (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).

Cumpre reiterar que, consoante o exposto nas linhas abaixo, a situação não guarda qualquer pertinência com pauta fiscal. O Auto de Infração tem fundamento na Lei Complementar nº 87/1996, no Convênio ICMS 76/1994 (cláusula segunda) e na Lei nº 7.014/1996 (art. 23, §§ 2º e 3º).

“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”.

“§ 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 Nas situações previstas em regulamento, em substituição ao disposto no inciso II do caput deste artigo, a base de cálculo para fins de substituição tributária será o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importado”.

O relator da JJJ exemplificou com o Acórdão CJF 0437-11/08, no qual restou dito que, na época das ocorrências das quais resultaram a Decisão respectiva, o órgão competente para definir os preços dos produtos farmacêuticos da linha humana era a Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda. Através da Portaria 37/1992, o citado órgão estabeleceu os parâmetros para definição do preço máximo ao consumidor a ser adotado pelos fabricantes de medicamentos, no § 1º do art. 2º:

“§ 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”.

Nos exercícios fiscalizados (2009/2010), até os dias atuais, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) era e continua sendo responsável pelo registro de medicamentos e pelos preços dos mesmos, atribuição esta exercida pela CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos), que efetua o tabelamento, órgão criado em 29/07/2003, no qual a referida Agência figura na qualidade de Secretaria Executiva.

Todo ano, a Secretaria Executiva do CMED (ANVISA) publica uma lista de preços de medicamentos, contendo o teto com o qual um laboratório ou distribuidor pode comercializar no mercado brasileiro, e também o valor a ser adotado no varejo (farmácias e drogarias). A lista de

2010, v.g., foi publicada no dia 10 de março deste mesmo exercício e está no sítio da Internet da Agência.

Por razões óbvias, as planilhas de PMC/ABCFARMA não podem conter e não contém valores superiores aos estabelecidos por intermédio da CMED/ANVISA, em razão de que o uso daquela em detrimento desta apenas beneficiou o fiscalizado.

A intervenção do Estado na regulamentação dos valores de venda de tais mercadorias é mais do que necessária para assegurar as garantias e direitos outorgados aos cidadãos pela CF/1988, como a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Passo à análise dos argumentos relativos ao Decreto nº 11.872, de 06/12/2009, que instituiu regime especial para distribuidores de medicamentos localizados na Bahia, com o deslocamento da responsabilidade do vendedor (laboratório / produtor) para o destinatário da mercadoria.

O recorrente (remetente) está situado no Rio Grande do Sul, Estado signatário do Convênio ICMS 76/1994, que trata da substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos da linha humana.

O art. 2º do Decreto nº 11.872/2009 estabelece que, “*havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto neste Decreto*”.

Não ocorreu, até as datas dos fatos geradores, entre a Bahia e Rio Grande do Sul, a celebração de acordo interestadual com vistas ao deslocamento da responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST para os distribuidores adquirentes, o que reclama a eficácia das regras do Convênio ICMS 76/1994.

O Decreto nº 14.898/2013, transcrito à fl. 450, que deixou de exigir previsão expressa em acordo interestadual, não tem força no caso concreto, pois a sua natureza não é interpretativa, o que pode ser constatado através da simples leitura do texto respectivo: não declara direito já consagrado na norma anterior. Tendo sido publicado após os fatos geradores, não se aplica aos mesmos.

O opinativo da DITRI (Diretoria de Tributação, concedido por e-mail), referente à exclusão da responsabilidade tributária por substituição, mostra-se em flagrante desconformidade com a legislação e com a jurisprudência deste CONSEF. Além disso, restou dito, na mensagem encaminhada via e-mail, que as suas informações não produziam os efeitos inerentes ao processo de consulta tributária, razão por que concluo não ser pertinente cogitar eventual expectativa de direito.

A antecipação de tutela juntada às fls. 485/486 (Processo 0565719-63.2014.8.05.0001), relativa ao Auto de Infração nº 281331.0401/13-9, é meramente interlocatória e de primeiro grau de jurisdição, a qual, assim como as outras Decisões transcritas na peça recursal, não vincula este órgão.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Nulidade do Auto de Infração)

Peço venia para discordar do voto do nobre Relator por entender que vícios acometem o lançamento, atentando contra princípios basilares de direito.

Por primeiro, faz-se mister esclarecer que a nulidade apontada tem fulcro no art. 39, IV, “b”, do RPAF/Ba, cujo texto diz:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

(...)

b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispen-

sada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;

Relativamente a esse ponto, entendo que há falha na demonstração da base de calculo, compreendida pela metodologia da apuração do PMC – Preço Maximo ao Consumidor. Convém lembrar que a materia aqui suscitada, dependendo do angulo de observação, pode ter suscitada a nulidade, bem como a improcedencia, haja vista que é de grande dificuldade a determinação da fronteira que divide a preliminar do mérito, na medida que a discussão se trava derredor da base de calculo do imposto que se pretende exigir.

Pois bem, o fato é que aduz o recorrente que os preços que lhe serviram de base para a determinação da base de calculo e consequente apuração do imposto teriam sido os preços de mercado, enquanto que o fisco adotou os preços da revista ABCFarma que, no sentir do Sujeito Passivo infla a base de calculo em razão de os preços coletados na referida revista não refletirem os preços praticados no mercado, desconsiderando os descontos sabida e corriqueiramente concedidos, tudo em afronta ao principio da verdade material.

A questão que se desnuda, indubitavelmente, diz respeito à fonte dos preços dos medicamentos que devem servir de referência na apuração da base de cálculo do ICMS que deve ser retido pelo Sujeito Passivo e recolhido aos cofres do Estado da Bahia, aí entendido pelo fisco que os preços constantes da revista ABCFARMA é que devem servir a tal finalidade.

Entendo que assiste razão à recorrente, pois, a rigor do que determina o art. 39, IV, “b”, a determinação da base de calculo do imposto que se pretende exigir é, no mínimo, frágil. Fato é que como bem explicitado pelo recorrente, o fisco resolveu adotar fonte de preços de medicamentos que, *in fine*, alija do processo de definição da base de cálculos do imposto os documentos fiscais, os preços praticados pelo mercado, além de outras fontes de onde podem ser colhidos os referidos preços de medicamentos, tudo no sentido de adotar uma única fonte, sem que haja previsão legal específica, também distanciando a apuração do imposto da verdade material.

Também merece destaque que em assim procedendo, o fisco adota finte de preços que não conhece a forma de determinação, expondo fisco e contribuinte ao que se aproxima e muito de uma pauta fiscal de composição desconhecida, impropério inadmissível conquanto a forma de apuração de base de calculo fundada em “pauta Fiscal”, não é método passível de aplicação conforme Súmula STJ nº 431.

Pelo exposto, entendo que é nulo o lançamento em razão da fragilidade na determinação da base de calculo do imposto que se pretende exigir.

No mérito, aproveitando as considerações acima alinhavadas, vê-se que o fisco da Bahia entende que a fonte dos preços dos medicamentos que devem servir de referência na apuração da base de cálculo do ICMS, que deve ser retido pelo Sujeito Passivo e recolhido aos cofres do Estado da Bahia, é a revista ABCFARMA.

Por primeiro devo trazer à colação a legislação de regência da matéria, que tem a seguinte dicção:

LEI N° 7.014/96:

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

§ 3º Nas situações previstas em regulamento, em substituição ao disposto no inciso II do caput deste artigo, a base de cálculo para fins de substituição tributária será o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo fabricante ou importador. (redação dada pela Lei nº 11.899/10, efeitos a partir de 31/03/10).

RICMS/97:

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

I - o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente; (grifo do Relator)

(...)

§ 2º Para efeitos de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos a seguir indicados, a determinação da base de cálculo será feita segundo os seguintes critérios:

I - produtos farmacêuticos e demais mercadorias especificados no item 13 do inciso II do art. 353, em consonância com o Convênio ICMS 76/94; (redação dada pela Alteração nº 129 - Decreto nº 11.913, de 30/12/09, DOE de 31/12/09, efeitos a partir de 31/12/09)

Estabelecidos os posicionamentos do autuante, mantido pelos julgadores da Junta de Julgamento Fiscal e pelo n. Relator, bem como do Sujeito Passivo, passo à análise dos fatos.

Por primeiro, independentemente de os Tribunais Superiores ainda não terem pacificado a questão, o que foi fartamente demonstrado pelas decisões RRee 213396/SP e 194382/SP, tem sido recorrentes as decisões no seio deste CONSEF, no sentido de que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária - caso específico 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, aí entendido que os preços contidos na revista da ABCFARMA – Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico.

Especificamente quanto à referida revista, conforme publicado no site www.abcfarma.org.br/sobre.asp, é possível saber que “*a revista ABCFARMA é editada mensalmente com distribuição em todo o território nacional e oferece, entre outras matérias, as informações mais atualizadas do setor, constituindo-se na mais confiável e segura fonte de consultas, tanto da imprensa em geral, autoridades como de todos os envolvidos com o segmento farmacêutico. Constitui-se também em fonte completa de informação sobre preços de medicamento e reportagens sobre saúde*”. (grifo do Relator)

De outra banda, desta feita no site da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/posuso/regulacaodemercado/!ut/p/c5/rY_LkqpAEES_hQ_QLpqXLFtpeQgNqCCwIZRQQARURhn4-

iHiru5iZjaTuaysOpUoqZOb47vMjx9l2xxvKEKJnK50YoiKDeAaDMB0FWdjeRqAJ6MDikBMd9fhbo7VuL2OW5PtQ29v-72j0dHRL1vRGpi2Nj-qHjt70nfBgJlmDrBQ-XDtU2LjR3WouIkVyy1lwK_fpL8lwB5uQJtl5gs-e60gP_Nf7gfo0RJQx0vjI3Ogys4GEyqLGCzoZgyjPZ_2PVnFv-nLASl5ame91k9h7kkiAAClkVFkiaeA5WVn6uOrOnplaEUBs65l9KeXL9glJZiOvWP-4iWr7u7-h-i05KCqp3bh62RKjf2dFhx186LbgQFicBiVixwoW1s08dIdBkQQOZqIaq62beU97pz8pcZssrCc4v-eG_jDV8Nq2dVqUxG2aGMLREYInaJLN3cIvbYhifTnTJtHqb58uc4xAz2vqM7vXblrLfrKQE477AmkhAok/!/?Idmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/pos+-+comercializacao+-+pos+-+uso/regulacao+de+mercado/assunto+de+interesse/mercado+de+medicamentos/relatorio+de+comercializacao), também é possível saber que “*A Anvisa monitora os preços dos medicamentos que estão no mercado e auxilia tecnicamente no estabelecimento do preço de novos medicamentos. Uma de suas atribuições é exercer a função de Secretaria Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão interministerial responsável por regular o mercado e estabelecer critérios para a definição e o ajuste de preços*”, do mesmo modo que em outra pagina do mesmo site ([ACÓRDÃO CJF N° 0079-12/15](http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/regulado/!ut/p/c5/rY_JkqJAFEW_xQ_QfCSQpkuqmJFUaQZhQ-AAyiDQEkj69VUdtW5W9e7xyo3zDkrQdx7ZeC-y4d4-shodUULST0MxpjUWAMjHJ1iGzJh82IGhCt99TFL4zykws4adgCJ0BCn9U_LOeldvr4SJyYBO7tt6uar2Yv6H4weDzTTB8Ss-PTWOMvZMLKg4nDdCqB80hVXXLqSLn09mWPMeoT_zmT3-6WdMmdk2VxSjZJ2GBqamYwiwE10M!ram4DgprA_F80nmeJv8qyUXI_NavXuVnBiohYFIFSSRaJTDG0TGGSW3dl6pFY1xk42SyffC3T2LdqGxLvncb9XTgg0DyLH-M3rJxt3BxqGg73kakl-Hd7IPS9KtQ4R2r8UF_nPBliqrejqreaPT0ryVT78evFoVrtk5b2-VNPQFv7T-VuzrZccxt7UwHYLwKZNzEej8FNIPa6_K616KoGxdW050PSsWqGuCcUs8ynKWu8pi8QV-G8Fd/?Idmy&urile=wcm%3apath%3a/anvisa+portal/anvisa/pos+-+comercializacao+-+pos+-+uso/regulacao+de+mercado/publicacao+regulacao+economica/listas+de+precos+de+medicamentos+03),</i> também é possível encontrar o texto que diz expressamente que “<i>A lista de Preços de Medicamentos contempla o Preço Fábrica ou Preço Fabricante que é o preço praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras. O PF é o preço máximo permitido para venda a farmácias, drogarias e para entes da Administração Pública. Apresenta, também, o Preço Máximo ao Consumidor, o qual é praticado pelas farmácias e Drogarias. O PMC é o preço máximo permitido para venda ao consumidor e inclui os impostos incidentes por</i></p></div><div data-bbox=)

estado". (grifos do Relator)

Bem, feitas as transcrições acima, vê-se que os fundamentos das decisões divergentes derredor da matéria se justificam, pois, à luz da legislação, em tese, as duas referências (ABCFARMA e CMED) serviriam ao propósito de apuração da base de cálculo do imposto, como no caso dos autos. Ocorre porém que, mesmo sendo as duas fontes teoricamente fidedignas, e podendo ter serventia a um mesmo propósito na seara fiscal, bem assim, considerando que ambas as fontes definem efetivamente preços sugeridos, haja vista que o mercado de medicamentos não é controlado e sim regulado, a discussão, entende este Relator, sai da seara do "*dever ser*" para o terreno do "*mais apropriado*".

Faço a afirmação acima porque, de um lado, temos a revista da ABCFARMA publicada por uma pessoa jurídica de direito privado, representante de seus associados – fabricantes de medicamentos -, e de outro, temos a ANVISA – Agencia Nacional de Vigilância Sanitária, que publica lista de preços de medicamentos que contempla, como dito alhures, "...*o preço praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras*", afirmado que o "...*PF é o preço máximo permitido para venda a farmácias, drogarias e para entes da Administração Pública. Apresenta, também, o Preço Máximo ao Consumidor, o qual é praticado pelas farmácias e Drogarias*" e que o "...*PMC é o preço máximo permitido para venda ao consumidor e inclui os impostos incidentes por estado*".

Pois, bem, expostas as referências acima alinhadas, mesmo considerando as fontes fidedignas, creio que os dados contidos na lista de preços da **Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED**, merecem maior credibilidade, isto porque, sem maiores aprofundamentos, derivam de órgão público – ANVISA, o que sugere maior isenção, sem que se pretenda discutir qual fonte seria mais vantajosa para o fisco ou para o contribuinte.

De mais disso, replicando o art. 61, I, do RICMS/Ba, que diz que "*o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente*", outra não poderia ser a opção do contribuinte que escolheu, acertadamente, usar os dados colhidos da tabela de preços da CMED, exatamente porque se alguma autoridade publica preços de medicamentos, tal autoridade é a ANVISA, eis que a ABCFARMA, no particular e a rigor da legislação, não pode ser elevada à condição de autoridade.

Dito isso, vale trazer á colação a Lei nº 9.782/1999 e que Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências, no sentido de definição de competência da ANVISA, notadamente no que concerne ao monitoramento dos preços de medicamentos, como segue:

Art. 7º - Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

...
VII - autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

...
XXV - monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde, podendo para tanto: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

Nesses termos, apesar de no passado ter proferido votos alinhado à corrente de pensamento predominante neste CONSEF, entendo que para o caso dos autos, há que se acolher a tese recursal de que a fonte de preços para determinação da base de cálculo deve levar em consideração outras fontes que não a revista ABCFARMA, aí entendido que os preços de mercado não podem ser desprezados, muito menos os preços publicados pela CMED.

Nesses termos, entendo que é insubstancial o lançamento que corresponde à acusação de que teria o Sujeito Passivo procedido à retenção e recolhimento a menor, na qualidade de sujeito

passivo por substituição, do imposto relativo às operações de venda subsequentes, efetuadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Assim, como foi superada a nulidade suscitada e entendendo que no mérito é improcedente a acusação fiscal, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida e declarar insubsistentes o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281331.0301/13-4**, lavrado contra **MULTILAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.010.768,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) - Conselheiros: Paulo Danilo Lopes Reis, Ildemar José Landin e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Preliminar de nulidade) - Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Alessandra Brandão Barbosa e Daniel Ribeiro Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de nulidade)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS