

PROCESSO	- A. I. Nº 140764.0002/14-3
RECORRENTE	- NBFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0216-05/14
ORIGEM	- INFRAZ GUANAMBI
INTERNET	- 12/06/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0138-11/15

EMENTA: ICMS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da decisão proferida pela 5ª JJF, constante no Acórdão nº 0216-05/14, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 21/03/2014, em razão do suposto cometimento de três irregularidades, havendo insurgência do Recorrente apenas no que tange à infração 1:

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 ao consumidor (PMC), sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme demonstrado nas planilhas de cálculos e notas fiscais eletrônicas, em anexo.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 5ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 205/214):

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 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, 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:

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.

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.

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).

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.

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.

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 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 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 preço 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.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 223/245, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Sustenta haver descumprimento dos princípios da verdade material e da boa-fé.

Quanto ao mérito da infração 1, pontua que 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.

Entende que o Autuante laborou em equívoco na interpretação da lei que rege a espécie, utilizou para a constituição da base de cálculo do imposto o regime *de pauta fiscal*.

Transcreve os arts. 150, § 7º e 155, inciso II, § 2º, inciso XII, alíneas “a” e “b”, da Constituição da República, art. 128 do CTN e art. 6º da Lei Complementar nº 87/96.

Destaca o Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, copiando sua cláusula primeira.

Colaciona decisões dos Tribunais Superiores no sentido de se admitir a adoção 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.

Pontua que neste caso, a base de cálculo do ICMS adotada pelo Autuante são os preços definidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED.

Assevera 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 medicamentos – destina-se a orientar as empresas produtoras de medicamentos, sendo imprestável para fixar a base de cálculo do ICMS das operações submetidas ao regime de substituição tributária.

Repisa 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, pois trata-se da instituição de pauta fiscal, em matéria de medicamentos, prática vedada pela Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, que transcreve.

Aduz que tinha o benefício do Decreto nº 7.799/2000 e se abdicou do mesmo para requerer o então regime especial, onde foi Protocolado sob o nº 027093/2010-3, todavia apesar de cumprir todas as exigências para obter o tal regime, porém, o Estado de forma morosa com suas atividades não fez o deferimento do requerimento.

A PGE/PROFIS, em parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, fls. 608/610, opina pelo Conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário tendo em vista que o lançamento calcou-se na prescrição do caput da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, tendo sido

adotado os preços elencados em revista especializada.

Transcreve o inciso I do §2º do art. 61 do RICMS/97 e conclui que o apelo voluntário está em afronta a jurisprudência do CONSEF.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0216-05/14, prolatado pela 5ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado em razão do suposto cometimento de três irregularidades, havendo insurgência do Recorrente apenas no que tange à infração 1 – recolhimento a menor da antecipação tributária do ICMS nas aquisições interestaduais de medicamentos e produtos de farmácia, relacionados no item 13, do inciso II do artigo 353 do RICMS.

Observo que o lançamento de ofício está em conformidade com a legislação tributária em vigor e as infrações imputadas ao Recorrente estão devidamente descritas. Os fatos geradores das infrações que compõe o lançamento estão bem determinado e os elementos constitutivos dos débitos tributários estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais a Recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo dele decorrente, incursos nas hipóteses de nulidades definidas no art. 18 do RPAF.

Na análise do mérito, entendo que suas alegações não merecem prosperar.

O art. 353, II, item 13, do RICMS/BA, dispõe sobre a substituição tributária por antecipação nas saídas internas para os produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário.

Ato contínuo, o art. 61, § 2º, I do RICMS/97 prevê 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 estará em consonância com o Convênio ICMS 76/94.

Neste diapasão, a cláusula 2º do referido convênio, estabelece que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

No caso em concreto o Autuante acertadamente utilizou as tabelas ABC FARMA, fornecida pela SEFAZ, constante no CD de fl. 14 dos autos.

A utilização do PMC não se confunde, de nenhum modo com o regime de pauta fiscal, haja vista tratar-se de operações futuras, estimadas por presunção, diferentemente da pauta fiscal que é uma operação presente.

Por esta razão, a base de cálculo do ICMS-ST objeto da autuação sofreu redução de 10% (dez por cento), para abranger eventuais desencontros o valor sugerido pelos fabricantes e o preço efetivamente praticado na venda a varejo.

Por fim, no que tange ao regime especial ao distribuidor de medicamentos localizado neste estado (Bahia), instituído pelo Decreto nº 11.872/09 corresponde na mudança da responsabilidade da antecipação do remetente para o destinatário da mercadoria e redução da base de cálculo do imposto.

Entretanto, no presente feito, a Recorrente, requereu o benefício, contudo tal pleito não foi atendido, inexistindo qualquer prova da suposta morosidade administrativa.

Neste caso já que não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a decisão da JJF que manteve o lançamento.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão

recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 140764.0002/14-3, lavrado contra **NBFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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, 19 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS