

PROCESSO - A. I. Nº 232400.0003/15-5
RECORRENTE - MULTILAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0207-05/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/06/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0129-12/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (PRODUTOS FARMACÊUTICOS) DERIVADA DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÊNIO ICMS 76/94) REALIZADA POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL LOCALIZADO EM ESTADO SIGNATÁRIO DO REFERIDO ACORDO. ESTABELECIMENTO REMETENTE RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NAS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES NO ESTADO DA BAHIA. Restou comprovado que o estabelecimento remetente das mercadorias, inscrito neste Estado, é responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição, porém o fez em valor menor do que o devido. É legal a aplicação do PMC na apuração da base de cálculo do imposto devido pelo contribuinte substituto conforme determinação contida na LC 87/96 e Convênio ICMS 76/94. Excluídas as operações referentes às mercadorias com preços liberados. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 5ª JF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 16/12/2015, exige ICMS no valor total de R\$10.017.457,89, e multa de 60% por meio da seguinte infração: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Esta fiscalização teve como base os dados obtidos na base corporativa de NFe da SEFAZ-BA, arquivos magnéticos com as informações do PMC – Preço máximo de venda ao consumidor final da ABCFARMA, e informações eletrônicas do contribuinte constante da base corporativa de dados da SEFAZ-BA.

Na Decisão proferida a 5ª JF fundamentou sua decisão com o seguinte voto:

“VOTO

Preliminarmente, verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado com a observância dos requisitos constantes do art. 39 do RPAF/99, Decreto 7.629/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Nesse teor, a descrição da infração, constante na peça vestibular está clara e objetiva, faz-se acompanhar da indicação dos dispositivos infringidos, bem como do Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a menor, parte integrante do mesmo, de fls. 11 a 88 do PAF, contendo a descrição das notas fiscais, produtos, NCM, valor, ICMS ST, ICMS Retido e Diferença que está sendo exigida, para cada venda para contribuinte localizado no Estado da Bahia, de mercadorias (medicamentos), enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS nº 76/94, no período de janeiro a dezembro de 2013.

Consta ainda a informação, relativa às razões fáticas da autuação, que a fiscalização teve como base os dados obtidos na base corporativa de NFe da SEFAZ-BA, arquivos magnéticos com as informações do PMC – Preço Máximo de Venda ao Consumidor Final da ABCFARMA.

Outrossim há indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, inclusive uma correspondência exata e perfeita entre os dispositivos indicados no corpo do Auto de Infração, tanto no enquadramento da imputação como da multa aplicada.

Desse modo, não acolho a pretensão do sujeito passivo, no sentido de que o lançamento fiscal estaria eivado de vícios que culminariam na sua anulação, tal como a “parca descrição dos fatos constantes do Auto de Infração”. Ademais, o princípio da ampla defesa e do contraditório foram observados, e o contribuinte pode vir à lide, com perfeito entendimento da infração que lhe está sendo imputada, da qual pode se defender sem prejuízo processual ou de ordem material.

Em relação à suposta inconstitucionalidade da legislação estadual alegada pela defesa, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

No tocante à alegação de ilegalidade da legislação estadual, ressalto que o art. 167, III, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Quanto ao valor da infração constante no Auto de Infração, ressalto que este valor de ICMS é histórico, e não constitui o crédito tributário, este é composto de multa e demais acréscimos legais.

Ultrapassada a questão preliminar, avanço na apreciação do mérito, e destaco que o Estado do Rio Grande do Sul, onde está localizado e inscrito no cadastro de contribuintes o ora recorrente, era signatário do Convênio ICMS 76/94 à época dos fatos geradores fulcro deste processo. O recorrente também estava inscrito no cadastro de contribuintes da Bahia, na condição de Substituto Tributário estando, portanto, subordinado ao cumprimento das normas dispostas no Convênio ICMS 76/94, e às do Convênio ICMS 81/93, que estabelece as normas gerais da substituição tributária nas operações mercantis para o Estado da Bahia com os produtos a eles vinculados.

O Convênio ICMS 76/94 o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, determina, em suas Cláusulas Primeira e Segunda:

Cláusula primeira. 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.

(...)

§ 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.

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.

§ 1º 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 Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou frete 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 a seguir apresentadas:

Desse modo o autuante seguiu ao preconizado na legislação de regência ao utilizar o Preço Máximo de Venda ao Consumidor – PMC para encontrar a base de cálculo utilizada para efeito de exigir do contribuinte o imposto retido e recolhido a menor, conforme a auditoria fiscal realizada.

É que a tabela de preços publicada pela ABCFARMA constitui, efetivamente, na divulgação dos preços sugeridos pelos fabricantes, não tendo aquela Associação determinado os preços e sim efetivado a sua divulgação. Na apuração da base de cálculo do ICMS-ST é legítima a aplicação do preço sugerido pelo fabricante que, quando existente, deve prevalecer em relação ao valor da operação própria, adicionada de outras despesas e MVA, no que se insurge a sociedade empresária autuada.

O art. 155, XII, “b” da CF/88 delegou à Lei Complementar, a atribuição de dispor sobre a substituição tributária. Por sua vez, o art. 9º da Lei Complementar 87/96 estabelece que “a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados”.

No mesmo sentido, o art. 10 da Lei Estadual 7.014/96, determina que “nas operações interestaduais, a adoção

do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas” e 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”.

Por sua vez, a Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94 estabelece que nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único, 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 (ICMS). O Anexo Único contempla medicamentos e outros produtos. Logo, as mercadorias objeto da autuação são enquadradas no regime de substituição tributária, no que não foram estabelecidas controvérsias.

No presente caso, trata-se de estabelecimento industrial de produtos farmacêuticos (medicamentos genéricos e similares), com sede no município de São Jerônimo-RS, que realiza, com frequência e habitualidade, conforme inclusive foi dito na defesa, operações de saída (venda) de mercadorias (medicamentos) com destino a clientes (em sua maioria distribuidoras de medicamentos - atacadistas) localizados em diversos Estados da Federação, entre os quais, o Estado da Bahia.

A Cláusula Segunda do Conv. ICMS 76/94, 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. Portanto, a exigência do ICMS relativo a operações interestaduais com medicamentos, entre contribuintes localizados em Estados signatários do Convênio ICMS 76/94, possui respaldo legal na legislação tributária, e a apuração da base de cálculo do ICMS-ST com alicerce dos preços sugeridos pelo fabricante é legal.

Destaco que os demonstrativos, elaborados pelo autuante, fazem prova de que foi feita a retenção do ICMS-ST nas notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, devidamente inscrito como contribuinte substituto no Estado da Bahia, entretanto o sujeito passivo, o fez com valor a menos que o devido.

Ademais, decisões da segunda instância deste CONSEF, foram conclusas no sentido de que, na apuração do imposto por antecipação tributária, nas operações com medicamentos oriundos de outros Estados, deve ser utilizado como base de cálculo do imposto, o preço máximo de venda sugerido pelo fabricante, conforme previsto na Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 76/94, cuja norma foi recepcionada pelo RICMS/2012.

Outrossim, a impugnante traz à lide a sua inconformação quanto ao grupo de medicamentos, que pertence ao grupo dos “liberados - lib”, que não estariam sujeitos ao controle de preços pela CMED, como é o caso dos medicamentos homeopáticos, fitoterápicos (Resolução CMED nº 5, de 9 de outubro de 2003), Medicamentos de Notificação CMED nº 3 de 18 de março de 2010). Logo, assevera que, se não há divulgação do PMC, para tais medicamentos, não há como a fiscalização aferir a base de cálculo e supor que houve recolhimento a menor do ICMS/ST.

Assim, para referendar seus argumentos, anexa páginas da Revista ABCFARMA, segundo o seu dizer, de outubro de 2014, com publicação da “Lista de Produtos Liberados no Varejo – LIB” (doc. 04), onde supostamente na referida lista consta apenas o preço do “PF” – preço ao fabricante, correspondente a um dos valores definidos pela CMED, não havendo qualquer menção quanto aos valores referentes ao PMC.

Constato que a publicação referente ao doc. 04, na folha 01 é de julho/2013 e na folha 2 é de dezembro/2013, nas quais constam o valor do PMC do produto CONTHENC, R\$19,43, o mesmo por ela contestado (cópia às fls. 161 e 162). É que o autuado insiste na afirmação de que o produto CONTHENC 500mg 30Cprs, destacado na Nota Fiscal nº 56276, de novembro de 2013, trata-se do mesmo produto contido na lista de produtos liberados no varejo, publicado na Revista da ABCFARMA (doc. 04), o que demonstraria ser o produto, “liberado”.

Nesse ponto, como os autuantes explicaram na informação fiscal, a Impugnante comete alguns equívocos, dificultando o entendimento do quanto exposto: A NF 56276, conforme se pode ver no relatório à fl. 11, foi emitida em 16/01/2013 e não em novembro de 2013, e nela não está destacada para efeito de cálculo do ICMS ST o produto CONTHENC, a despeito da afirmação contrária da impugnante.

Não posso dissociar o fato de que a autuação teve como premissa de apuração da base de cálculo a aplicação da cláusula segunda do Conv. 76/94 que assim dispõe:

“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.

§ 1º 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 Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete e/ou frete 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 a seguir apresentadas.
(...)

Assim, o entendimento da Fiscalização na utilização do PMC como base de cálculo ocorreu porque o produto citado CONTHENC possui todas as prerrogativas da norma preconizada no Convênio 76/94, incluindo PMC no valor de R\$19,43, divulgado na Tabela ABCFARMA e NCM 3004, Medicamentos, conforme Anexo Único do Conv. 76/94.

Por fim, suscita a Defendente a existência de Regime Especial por parte dos adquirentes, concedido conforme o Decreto nº. 11.872/09, que desloca a responsabilidade pelo recolhimento do imposto referente à operação interestadual, que seria originalmente do fabricante remetente, para os adquirentes estabelecidos em território baiano.

Contudo, sendo a impugnante estabelecida no Estado do Rio Grande do Sul, não pode invocar o benefício já que este só pode ser utilizado entre Estados signatários de acordo interestadual, conforme se infere no Art. 2º do Decreto 11.872/2009, vigente à época do fato gerador: Havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial de tributação, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto neste Decreto, o que, definitivamente não é o caso já que o PROTOCOLO ICMS 99, de 31 de julho de 2009, publicado no DOU de 07.08.09, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos promovidas por contribuintes do Paraná, destinadas a estabelecimentos localizados no Estado da Bahia e o PROTOCOLO ICMS 105, de 10 de agosto de 2009, publicado no DOU de 08.09.09 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, soros e vacinas de uso humano nas operações realizadas entre contribuintes dos Estados de São Paulo e Bahia.

Quanto à consulta no Plantão Fiscal (Doc. 06), sobre qual seria a melhor conduta, diante dessa peculiar situação – confronto entre as regras do Convênio 76/94 e os Regimes Especiais dos adquirentes, no tocante à responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido na operação, a resposta do Plantão Fiscal que produziu a resposta à consulta, de que as regras do Decreto aplicam-se a qualquer operação interestadual, independentemente da origem, conclui que a resposta foi equivocada pois, sendo a impugnante contribuinte estabelecida no Estado do Rio Grande do Sul, não pode invocar o benefício, já que este só pode ser utilizado entre Estados signatários de acordo interestadual, conforme se infere no Art. 2º do Decreto 11.872/2009, vigente à época do fato gerador, como já explanado.

Logo, por se tratar de uma resposta equivocada, não tem a propriedade de alterar a legislação nem sequer de conceder benefícios, o que fica bem claro na ressalva apresentada no final do texto (doc. 06), fls. 163 a 165, que ora transcrevo: "As informações contidas nesta mensagem não produzem os efeitos do processo de consulta tributária previstos no Art. 158 da Lei 3.956, de 11/12/81, regulamentada pelo Decreto 7.629, de 09/07/99". Ademais, o sujeito passivo procedeu a retenção do ICMS ST nas vendas de medicamentos para o Estado da Bahia, mesmo após a resposta do plantão fiscal, o que indica que não a levou em consideração.

Também entendo não se justificar a aplicação dos benefícios determinados pelo Decreto Estadual nº 11.872 de dezembro de 2009, tendo em vista que o autuado não é um distribuidor de medicamentos localizado neste Estado e não podem as distribuidoras de medicamentos localizadas no Estado da Bahia, mesmo com termo de acordo assinado com esta unidade federativa, se responsabilizarem pela antecipação, dispensado o autuado da obrigação de Substituto Tributário, pois não há protocolo assinado entre a Bahia e o Rio Grande do Sul como preconiza o Art. 2º do Decreto o qual transcreve:

"Art. 2º - Havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial de tributação, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto neste Decreto."

Outrossim, o art. 8º e § 2º da LC 87/96, ao tratar sobre a questão da base de cálculo, para fins de substituição tributária, reza que "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."

Destaco que o Convênio ICMS 76/94 é norma fechada, logo não existe a possibilidade de alteração da responsabilidade do substituto tributário.

Por fim, é importante destacar que as decisões de outros tribunais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos "erga omnes", a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não lhe cabe competência para decretar a

inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls.203/226) o Recorrente inicialmente ressalta a tempestividade da sua peça recursal, discorre sobre as infrações e a Decisão da 5ª JJF e, em seguida, passa a discorrer sobre a autuação.

Destaca que o Auto de Infração lavrado contra a Recorrente lhe imputou o cometimento de infração relativa à suposta “retenção a menor do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, quanto às operações subsequentes, nas vendas de medicamentos realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro a dezembro de 2013, totalizando, na data da autuação, o montante de R\$ 18.612.089,84 (dezoito milhões, seiscentos e doze mil, oitenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), já computados nesta soma, os valores do imposto e multa, esta calculada em 60% sobre o valor do suposto crédito sonegado.”

Aponta que, após a sua Impugnação Administrativa, os íncritos Julgadores de primeira instância decidiram pela manutenção do auto de infração, aduz que contudo, conforme abordado na sua defesa, *além de restar comprovado que a Recorrente não adotou base de cálculo inferior à supostamente devida para apurar o imposto devido por substituição, haja vista que adotou o método que leva em conta a margem de valor agregado – MVA, previsto no parágrafo 4º, do artigo 8º, da Lei Complementar nº 87/96, a Recorrente comprovou que a Fiscalização incluiu, equivocadamente, no auto de infração, produtos que, por sua natureza e composição, não estão sujeitos a controle de preços, os classificados como liberados, ou “lib”.* Vejamos.

Ressalta que o cerne da questão, aqui tratada, é: *a aplicação, pela Fazenda do Estado da Bahia, do método “Preço Máximo de Venda a Consumidor Final – PMC”, como critério para a apuração da base de cálculo do ICMS, devido pela Recorrente, na condição de substituta tributária, nas operações de venda de medicamentos do Rio Grande do Sul para o Estado da Bahia.*

Salienta que não discute a inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação estadual, mas sim a sua correta aplicação, para a apuração da base de cálculo do ICMS-ST, dos produtos objeto da autuação.

Reconhece que: *o PMC está previsto na Lei Complementar 87/96, no Convênio nº 76/94, que dispõe sobre o recolhimento do ICMS-ST nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos variados e na Lei Estadual nº 7.014/96. E que é: estabelecido em lista atualizada anualmente, pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, criado pelo artigo 5º da Lei nº. 10.742/03, que definiu normas de regulação para o setor farmacêutico, com atribuições para “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”.*

Desta que: *a CMED, no uso das competências que lhe conferem os incisos I, II, V, X e XIII do artigo 6º da Lei nº 10.742/2003, calcula e publica o ajuste (índice máximo de aumento), no que importa ao presente, para dois tipos de preços, quais sejam, o PMC – já descrito acima, e o Preço Fábrica ou Preço Fabricante (PF).*

E que a divulgação do índice de reajuste e a lista atualizada dos Preços (PMC) é disponibilizada no sítio da ANVISA e publicada na Revista ABCFARMA.

Destaca que: *a utilização do Preço Máximo de Venda a Consumidor, como critério para cálculo do imposto devido por substituição encontra seu fundamento de validade na Lei Complementar 87/96. Entretanto, em seu artigo 8º, II (reproduzido no artigo 23, II, da Lei Estadual nº 7.014/96) encontramos outro método para o cálculo do imposto devido por substituição: o que leva em consideração a MVA – Margem de Valor Agregado, que é a margem de lucro estimada pelo*

governo a ser aplicada desde o momento em que a mercadoria sai da indústria, contando com a margem do distribuidor e também de quem venderá ao consumidor final.

Registra que a Recorrente defende e utiliza a aplicação do MVA, por entender ser o mais adequado, por traduzir, com exatidão, a realidade das operações futuras.

Por fim, salienta que: *a presente autuação engloba dois grupos de medicamentos, e para que reste claro, com a devida vênia, o equívoco do Ilmo. Julgador de Primeira Instância em manter o auto de infração, tal como lançado, diante da aplicação do PMC a todos aqueles comercializados com o Estado da Bahia, sem distinção, pela D. Fiscalização, se faz necessário explicar, abaixo, as diferenças encontradas entre um grupo e outro.*

Dentre os medicamentos autuados, temos aqueles que pertencem ao grupo dos “liberados - lib”, que são os não são sujeitos ao controle de preços pela CMED, como é o caso dos medicamentos homeopáticos, fitoterápicos (Resolução CMED nº 5, de 9 de outubro de 2003), Medicamentos de Notificação simplificada, Anestésicos Locais Injetáveis Odontológicos e os Polivitamínicos (Resolução CMED nº 3 de 18 de março de 2010).

Em oposição aos medicamentos liberados, também fazem parte da autuação os ditos “controlados”, ou seja, medicamentos sujeitos ao controle de preços pela CMED, pois sofrem, anualmente, reajustes em seus preços (Preço Fábrica e Preço Máximo ao Consumidor) e somente podem ser comercializados em território nacional se respeitadas as balizas definidas pelo Governo Federal.

Reconhece que o Contribuinte inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de substituto tributário, obriga-se ao cumprimento das normas estabelecidas no Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre o recolhimento do ICMS-ST nas operações interestaduais com produtos farmacêuticos, inexistindo controvérsia sobre a possibilidade de o Fisco deste Estado adotar o método do PMC para apuração da base de cálculo desse tributo.

No entanto destaca que a Lei Complementar nº 87/96, tratando de substituição tributária progressiva, as regras aplicáveis alocadas no artigo 8º, aponta quatro métodos para a apuração da base cálculo do imposto devido, as quais, sintetiza no quadro, a seguir transcrito:

CRITÉRIO	MÉTODO/PROCEDIMENTO	FUNDAMENTO
PREÇO FIXADO	<i>Valores fixados pelo órgão competente por ficção</i>	Artigo 8º, § 2º, LC 87/96
PREÇO SUGERIDO	<i>Valores fornecidos pelos fabricantes e aceitos pelo órgão competente</i>	Artigo 8º, § 3º, LC 87/96
MARGEM DE VALOR AGREGADO	<i>Percentual obtido mediante levantamento por amostragem ou elementos fornecidos por entidades representativas</i>	Artigo 8º caput e, § 4º, LC 87/96
PREÇO PRATICADO	<i>Valores obtidos mediante levantamento por amostragem ou elementos fornecidos por entidades representativas</i>	Artigo 8º, § 6º, LC 87/96

Acrescenta ainda que: *Os métodos descritos acima são reproduzidos, internamente, pelo Estado da Bahia, no artigo 23 da Lei nº 7.014/96.*

Reitera que não se discute a legalidade do método adotado na autuação, posto que tanto a utilização da MVA, escolhida pela Recorrente, quanto o PMC eleito pelo Autuante, estão previstos legalmente.

No entanto considera o método atinente ao MVA, também recepcionado pela da Lei Estadual nº 7.014/96, o que mais aproxima a base de cálculo presumida ao real valor das operações subsequentes, pois nessa metodologia, é considerado: *o valor da operação própria, somando-se os valores de seguro, frete e outros encargos cobrados e, bem como a margem de valor agregado, inclusive o lucro, relativo às operações ou prestações subsequentes.*

O que, a seu ver, atende o disposto no § 4º do artigo 8º da LC 87/96, a seguir transcrito:

“§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores,

adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.”

Para reclamar que a decisão recorrida, fundamentou-se unicamente no critério de que o Preço Máximo de Venda a Consumidor (PMC) foi corretamente aplicado ao caso, por estar previsto na legislação, desconsiderando que o método adotado pelo Contribuinte (MVA), reflete com mais precisão a realidade das operações.

E aponta:

“Sabe-se que o PMC está previsto na legislação - seja na Lei Complementar nº 87/96, no Convênio nº 76/94, ou na Lei Estadual nº 7.014/96. Porém, a despeito disso, o seu afastamento do caso concreto – operações com medicamentos – é medida que se impõe, na medida em que sua utilização causa séria distorção se comparado a outros métodos, dentre eles o MVA. Isso porque o seu objetivo, quando da sua criação, no tocante às operações com medicamentos, jamais foi o de servir de base de cálculo para o recolhimento de tributos, mas, tão somente, representar o teto de valores que a comercialização de um fármaco deveria observar.

De fato, o PMC, como dito, consiste em listagem elaborada e atualizada anualmente, pela CMED, responsável pela divulgação dos valores máximos a serem praticados, no país, no comércio de medicamentos, conforme disposto no artigo 4º, da Lei 10.742/2003, cuja transcrição, a Recorrente pede vênha para trazer:

“Art. 4º As empresas produtoras de medicamentos deverão observar, para o ajuste e determinação de seus preços, as regras definidas nesta Lei, a partir de sua publicação, ficando vedado qualquer ajuste em desacordo com esta Lei.

§ 1º O ajuste de preços de medicamentos será baseado em modelo de teto de preços calculado com base em um índice, em um fator de produtividade e em um fator de ajuste de preços relativos intra-setor e entre setores.”

Aduz ainda que;

“Por representar o teto de preços praticados no comércio de medicamentos, ou seja, uma baliza determinada pelo Poder Central para evitar abusos nesse setor estratégico, por parte da indústria, distribuidores ou mesmo farmácias e drogarias, o PMC não leva em consideração as práticas comuns nesse mercado, de concessão de descontos no preço final dos medicamentos.

Em outras palavras, quer-se dizer que o PMC, por ter a única preocupação de servir de parâmetro para o comércio de medicamentos, não reflete fatores costumeiros e econômicos que influenciam sobremaneira, o preço final praticado pelas farmácias e drogarias, como a concorrência, ganhos de escala, dentre outros.”

Transcreve Ementa do STF, tirada do Julgamento da ADI 1.851, a saber;

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6.º E 7.º DO ART. 498 DO DEC. Nº 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. Nº 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7.º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2.º, INC. 2.º). Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar. A EC nº 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7.º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente”.

E ensina que a leitura atenta dessa Ementa, chancela a cobrança do ICMS-ST, calculado sobre

uma base **quando verificado que tal base foi estimada levando-se em conta a realidade prática (fato gerador real) das operações inseridas nessa sistemática.** (grifo do recorrente)

Para concluir que:

“Contrario sensu, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal repudia bases de cálculo presumidas que se afastam dos preços efetivamente praticados nas operações, que é justamente o que ocorre com a adoção do PMC para as operações interestaduais com medicamentos.

Há verdadeira lógica nesse raciocínio, estampado na ementa transcrita acima – de necessária vinculação da base presumida com a realidade efetiva, pois nesse mesmo julgado, o Supremo Tribunal Federal afirmou que, uma vez conformada a base de cálculo sobre a qual incide o imposto devido por substituição, o valor apurado é definitivo, não havendo que se falar em quaisquer ajustes, seja para complementar o preço pago, seja para restituir eventual importância recolhida a maior. Veja-se o trecho específico:

O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação (grifos acrescidos).

*O que se admitia, até a mudança recente de posicionamento do STF, era, tão-somente, a restituição integral do imposto pago por substituição, quando não se verificar a ocorrência do fato gerador presumido. Veja-se, **quando não ocorrer a operação.**”*

Nessa toada destaca que o Superior Tribunal de Justiça já teve, também, a oportunidade de analisar essa questão e aduz:

“Para encontrar a viga mestra do raciocínio fixado pela Corte, é preciso fazer um introito de que o STJ possui o entendimento de que regimes de pauta fiscal não podem servir de base de cálculo para a cobrança do ICMS, conforme estampa verbete sumular nº. 431. Veja-se:

“Súmula 431

Legalidade – cobrança de ICMS com Base no valor da Mercadoria submetido ao Regime de Pauta Fiscal. É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”.

Fixada tal premissa, o STJ, ao analisar especificamente operações interestaduais com medicamentos, submetidas à sistemática da substituição tributária em que os Estados da Federação adotam, como critério para se chegar à base de cálculo presumida, o valor do preço máximo ao consumidor divulgado pela CMED, assim se pronunciou:

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.

(AgRg no AgRg no Ag 1359721/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 19/04/2011)

Nota-se, que a menção aos preços compilados em revistas especializadas, constante do item 2 do julgado não se refere àquele utilizado pelo Fisco Baiano, no presente caso (PMC da ABCFARMA), pois, como dito logo no início da Defesa, a ABCFARMA não estabelece PMC, mas sim a CMED. A ABCFARMA, em sua revista, repita-se, divulga uma série de informações referentes aos preços de medicamentos.

*O que vale ressaltar da decisão acima, é que, o STJ possui o entendimento de que o PMC divulgado pela CMED é imprestável ao cálculo do imposto devido por substituição em operações interestaduais, na medida em que **NÃO LEVA EM CONTA A REALIDADE DOS VALORES DE MERCADO NAS OPERAÇÕES COM MEDICAMENTOS**, justamente o que defende a Impugnante aqui, cuja tese também encontra guarida no entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, como visto linhas atrás.”*

Passa a discorrer sobre o que considerou como a *“Imprestabilidade do cálculo do ICMS exigido na autuação para produtos não sujeitos ao controle de preços”.*

Por primeiro, aponta que o Autuante simplesmente ignorou que, os chamados produtos “liberados” não estariam sujeitos ao controle de preços pelo CMED, mas aplicou o método do PMC, para determinar a base de cálculo desses produtos sem distinção, o que não foi considerado na decisão ora recorrida.

Salienta que havia acostados aos autos, em sua defesa, planilha a partir de três notas fiscais da autuada, para exemplificar o raciocínio do cálculo utilizado pelo autuante, para calcular a respectiva base de cálculo do ICMS-ST, comparando o resultado com a mesma avaliação utilizando a Margem de Valor Agregado, resultando, no que denominou, uma brutal diferença entre os valores encontrados.

E assim conclui:

“Desse modo, mesmo que se entenda, ao final da análise do presente Recurso, pela aplicação do PMC aos demais produtos autuados – o que não se espera, ao menos em relação aos ditos produtos liberados deve ser reconhecida a inconsistência do cálculo fiscal, com a consequente retirada de tais medicamentos, da lista de produtos autuados, com efetivo cancelamento da cobrança do imposto e demais consectários referentes a estas operações”.

Em seguida, passa a apontar a existência de Regime Especial, conforme o Decreto nº 11.872/09, por parte dos adquirentes da Recorrente.

Destaca que a decisão de piso, mesmo diante do resultado de sua consulta no Plantão Fiscal, de que as regras do Decreto nº 11.872/99, aplicar-se-iam a qualquer operação interestadual, denegou o deslocamento da responsabilidade pelo recolhimento do imposto referente à operação interestadual para os adquirentes estabelecidos neste Estado, por considerar que esse comando, no caso, não se aplicava, pelo fato de que, o então impugnante, é estabelecido no Rio Grande do Sul.

Salienta que: *“...diversos adquirentes da Recorrente são distribuidores de medicamentos estabelecidos em território baiano e são detentores de Regime Especial, concedido conforme o Decreto nº. 11.872/09, que, em contrapartida da concessão de uma base de cálculo reduzida para o cálculo do imposto estadual devido nas saídas subsequentes internas, lhes desloca a responsabilidade pelo recolhimento do imposto referente à operação interestadual, que seria originalmente do fabricante remetente. Vejamos:*

“Art. 1º Fica instituído regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, mediante celebração de termo de acordo, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário a seguir relacionados, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes nos termos deste Decreto”.

E, por fim, conclui:

“Ora, não há como desconsiderar a boa-fé da Recorrente, que na intenção de proceder da forma correta, em consonância com a legislação vigente, buscou verificar qual seria a melhor conduta, de modo que não deve ser penalizada por um equívoco cometido pela Administração.

Diante do quanto exposto, deve esta C. Câmara Julgadora, caso não se convença com os argumentos aduzidos nos tópicos precedentes, ao menos por esse, determinar o cancelamento da exigência, assim como de todos os consectários legais”.

Por todo o exposto, restando demonstrada a improcedência do auto de infração ora combatido, requer seja determinado o cancelamento integral do crédito tributário consubstanciado no presente auto de infração, bem como seus consectários legais.

Sucessivamente, requer-se, caso não se entenda pelo cancelamento integral da cobrança, que sejam expurgados do cálculo do quantum devido, os valores atinentes ao grupo dos medicamentos liberados, visto que, para esses, não há estabelecimento, pela CMED, do preço máximo ao consumidor, que foi adotado pela autoridade fiscal para confeccionar o presente lançamento.

Outrossim, caso os argumentos acima não sejam suficientes para desconstituir o lançamento, ainda assim este deve ser cancelado, vez que, ainda que prevaleça o método desejado pelas autoridades fiscais, o crédito tributário sequer seria devido pela Recorrente, mas sim pelos seus adquirentes baianos que são detentores de Regime Especial, concedido conforme o Decreto nº. 11.872/09.

Requer, ainda, seja, oportunamente, a Impugnante intimada para a realização de sustentação oral, nos termos do Art. 163, do Decreto 7.629/99.

Protesta pela juntada de documentação complementar, caso seja necessária.

Por fim, requer que todas as intimações sejam encaminhadas ao estabelecimento da Recorrente, e, cumulativamente, no de seus procuradores, Dr. Fernando Antonio Cavanha Gaia (OAB/SP nº 58.079) e Dr. Enio Zaha (OAB/SP nº 123.946), qual seja, Rua da Quitanda, 126, Centro, São Paulo/SP, CEP 01012-010.

Na assentada de Julgamento, em 10/05/2017, essa 2ª Câmara, decidiu baixar o PAF em diligência à IFEP COMÉRCIO, fl. 243, para as seguintes providências:

1. Intimar o Contribuinte a apresentar. Dentro do prazo de 30 dias, relação dos produtos que não estariam sujeitos ao controle do CMED, tidos como “liberados” – medicamentos homeopáticos, fitoterápicos (Resolução CEMED nº 4, de 9/10/2003), medicamentos de notificação simplificada, anestésicos locais e injetáveis odontológicos e os polivitamínicos. Bem como as notas fiscais respectivas;
2. Identificar junto a DITRI quais dos destinatários adquirentes possuem o referido regime especial de tributação, previsto no Decreto nº 11872/2009, que ensejariam suas exclusões no levantamento realizado;
3. Atendida a intimação e concluída a identificação dos citados adquirentes, emitir nova informação fiscal e, se for o caso, elaborar novo demonstrativo de débito.

Realiza a diligência, às fls. 263/268 e anexos, os autuantes informam que intimaram o Contribuinte para apresentar a lista dos produtos que não estariam sujeitos ao controle do CMED – tidos como “liberados”, no que foram atendidos.

Assim, ratificam a autuação com o expurgo dos valores atinentes ao grupo de medicamentos não regulados pelo CMED e anexam novo demonstrativo de débito, fl. 268, perfazendo um valor devido de ICMS-ST de R\$10.011.296,00.

VOTO VENCIDO

No Recurso Voluntário interposto, observo que o recorrente não apresenta nenhum argumento quanto aos aspectos formais da autuação ou do Julgamento recorrido que apontasse qualquer indício de nulidade ou de cerceamento de defesa, insurgindo-se apenas quanto ao mérito da autuação e suas cominações.

Verifico também que a questão fulcral do lançamento em comento, recai sobre a metodologia que deveria ser adotada pelo Contribuinte para estabelecer o preço dos produtos vendidos para calcular a substituição tributária devida.

É que a decisão de piso considerou que, na apuração da base de cálculo do ICMS-ST, é legítima a adoção dos preços publicados pela revista da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - ABCFARMA, por considerar que se trata de preços sugeridos pelos fabricantes, os quais, quando existentes, devem prevalecer àqueles calculados com a aplicação da Margem de Valor Agregado.

O Recorrente discorre exaustivamente sobre as suas razões recursais, que considero pertinentes, para discordar sobre a conclusão defendida pela decisão de piso.

Verifico, também, que a diligência requerida por esta 2ª Câmara no sentido de que o fiscal autuante excluísse do levantamento os produtos liberados de controle pelo CEMED, foi devidamente atendida.

Pois bem:

Em que pese a legislação posta e a prova dos autos, entendo que merece ser aplicada a tese, já pacificada na Súmula nº 431 do STJ, que diz: “É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”.

Assim, considero que a utilização dos valores sugeridos pela ABCFARMA, na determinação da base de cálculo da Substituição Tributária, resulta, de fato, na aplicação de um regime de pauta fiscal, que não pode ser aceito nas condições ora postas, uma vez que, não há como verificar a real ocorrência dos fatos geradores do ICMS, nos valores “sugeridos” pela referida Associação.

Em apoio a esta tese e neste mesmo sentido, trago à colação, o voto vencido do i. ex-Conselheiro José Antonio Marques Ribeiro, no Acórdão CJF Nº 0150-12/12, ao qual me filio, para fundamentar a minha decisão:

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª JFJ deste CONSEF, acórdão 0066-01/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento nas acusações fiscais de haver o contribuinte efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados, relacionadas nos Anexos 88 e 89; e deixado de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Ainda que, especificamente, não tenha sido suscitada qualquer preliminar, vejo, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, que estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Por outra banda, constato que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, bem como não se verifica qualquer incorreção na determinação da base de cálculo do imposto que se exige.

No mérito, quanto à infração 1, que resumidamente discute a forma através da qual deveria ser determinada a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que não pode o contribuinte querer que seja aplicada a MVA para determinação da base de cálculo do tributo, pois como as operações ocorreram entre Estados não signatários do Protocolo 50/2005, a base de cálculo prevista para a infração em comento tem disposição no artigo 506-C, §2º do RICMS/BA c/c artigo 61, I, do mesmo diploma legal.

De fato, à luz da legislação tributária do Estado da Bahia, a Junta de Julgamento Fiscal tem razão quando diz que o tratamento dado às operações entre Estados não signatários do protocolo 50/2005 implica na exigência do imposto da forma como foi lavrado o Auto de Infração em apreço, ou seja, com base na “pauta fiscal”.

Em que pese ter sido aplicada a legislação do Estado da Bahia, peço vênia para discordar da forma através da qual se estabeleceu a base de cálculo do imposto que se pretende exigir, e explico: Pois bem, o fato é que a “pauta fiscal” de valores é a forma através da qual se atribui, por arbitramento, valor fictício à base de cálculo do ICMS. Neste ponto é que, mesmo que a legislação baiana tenha previsão, a jurisprudência do STJ já se coloca frontalmente contra tal dispositivo, haja vista que aquele Superior Tribunal editou a Súmula de nº 431, cujo enunciado, de linguagem extremamente simples e contundente, diz:

Súmula 431 - É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Derredor do que enuncia a dita Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, vejo que a intenção se mostra absolutamente clara, e visa privilegiar o real valor das operações que se sujeitam ao ICMS, de maneira a que tais valores não sejam substituídos por outros cuja origem seja questionável ou até mesmo desatualizada, a ponto de impor prejuízos ao contribuinte de maneira geral, o que implicaria em enriquecimento sem causa por parte do Estado. Por outro lado, a rigor dos dispositivos legais que fundamentam a autuação, outros meios de definição da base de cálculo do imposto poderiam ter sido utilizados.

Isto posto, entendendo que a “Pauta Fiscal” como elemento a definir a base de cálculo do imposto a ser exigido do recorrente é imprestável e inaplicável por força do que enuncia a Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça, concluo que a infração 1 não pode subsistir, eis que como constituída é nula.

Pelo exposto, vejo no presente recurso motivo suficiente para modificar a decisão ora recorrida, para considerar o Auto de Infração em lide IMPROCEDENTE.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Registre-se que o Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco se declarou impedido de participar deste Julgamento, por ter atuado como julgador na Decisão Recorrida. Mas, em decorrência da

ausência do Representante classista Tiago de Moura Simões, a paridade foi restabelecida e deu-se prosseguimento a sessão.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia ao nobre Relator para apresentar entendimento divergente, nos termos em que segue.

A questão central a ser dirimida no presente julgamento se relaciona ao critério a ser adotado para apuração da base de cálculo nas operações interestaduais com medicamentos oriundos do Estado do Rio Grande do Sul e destinados ao Estado da Bahia.

É importante destacar que o § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96 dispõe que a base de cálculo nas operações sujeitas a substituição tributária será calculada com base no preço máximo a consumidor final, conforme abaixo.

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

... ”

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

... ”.

Nesse mesmo sentido, dispôs o CONFAZ, mediante o Convênio ICMS 76/94, cuja Cláusula Segunda assim o definiu.

*“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.***

§ 1º 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 Imposto sobre Produtos Industrializados, 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 a seguir apresentadas:

... ”

Como se depreende da leitura acima, somente se admite a utilização da MVA (tese recursal) na hipótese de inexistência de preço máximo de venda a consumidor, conforme o § 1º. Não se pode, consequentemente, diferentemente do que afirma o nobre Relator, equiparar o uso do PMC a pauta fiscal, já que se trata de dispositivos completamente distintos, como tem reconhecido o STJ em inúmeros precedentes, conforme destacado no REsp 1.519.034 – RS, cuja Ementa destacou, em seu Item “2”, o seguinte: *“Na linha dos precedentes deste Tribunal: (a) para fins de substituição tributária do ICMS, é legítima a imposição de que a base de cálculo do imposto corresponda ao preço final ao consumidor, fixado por órgão público competente; ...”*.

O precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no acórdão trazido pela Recorrente (REsp 1.519.034 – RS), admitiu a utilização da MVA, à luz de situações concretas especialíssimas, cujas provas processuais evidenciaram a ocorrência de uma grande distorção verificada entre os preços praticados e o PMC, situação que justificou o afastamento do PMC, em prestígio à MVA.

Tal decisão que não se confunde, todavia, com a regra aplicável aos demais contribuintes, os quais devem obediência às normas postas pela Lei Complementar e pelo Convênio CONFAZ 76/94, já que a definição da base de cálculo para apuração do *quantum debeatur* não pode ficar a *mercê* da conveniência do sujeito passivo, sob pena de disseminar um clima de insegurança jurídica que inviabilizaria a ação fiscalizatória.

Em que pese entenda acertado a metodologia utilizada pela fiscalização, excludo as operações referentes às mercadorias cujos preços são liberados, em conformidade com o demonstrativo de débito refeito pela diligência, à folha 268.

Quanto à alegação de que existem operações cuja responsabilidade teria sido atribuída ao destinatário, não merece guarida, pois as aquisições foram feitas a distribuidor sediado no Estado do Rio Grande do Sul, unidade federativa com a qual a Bahia não possui acordo, conforme bem destacado pelo Autuante.

Assim, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, reduzindo o débito lançado para R\$10.011.296,00, em conformidade com o demonstrativo de débito refeito pela diligência, acostado à folha 268.

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, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232400.0003/15-5** 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\$10.011.296,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: José Carlos Barros Rodeiro e Paulo Sérgio Sena Dantas.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES – REPR. DA PGE/PROFIS