

A. I. Nº - 279691.0004/17-0
AUTUADO - NATULAB LABORATÓRIO S.A.
AUTUANTE - JOILSON SANTOS DA FONSECA
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/12/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-01/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. RETENÇÃO A MENOR. Impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Processo encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis. Considerar **PREJUDICADA** defesa quanto à obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 29/09/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$3.727.555,39, em decorrência de retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (07.02.02), ocorrido de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante acrescentou que o autuado utilizou MVA no cálculo do ICMS devido por substituição tributária, quando deveria ter utilizado o preço máximo de venda a consumidor (PMC). Anexou os relatórios mensais da ANVISA com os PMC's dos medicamentos objeto da presente autuação (CD à fl. 59).

O autuado apresentou defesa das fls. 63 a 101. Arguiu a nulidade do auto de infração em razão do autuante deixar de indicar dispositivos legais fundamentais para a lavratura e com isso descumprir os requisitos formais essenciais para a validade jurídica da autuação. Acrescentou, ainda, a falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Alegou que, com isso, ficou impossibilitado de realizar a impugnação do cálculo que originou o débito fiscal objeto da autuação.

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

Reclamou que, em relação ao produto “BEVITER 300MG CX C/50 - FARMA – NEG”, constante na Nota Fiscal nº 48930 (fl. 172), o autuante indicou que o recolhimento do ICMS-ST correspondeu ao valor de R\$5,01 (fl. 07), mas, da análise do referido documento fiscal, é possível verificar que o recolhimento do ICMS –ST foi de R\$25,42. Anexou cópia das Notas Fiscais nºs 48964, 48977, 49013 e 48990, que estariam na mesma situação.

Reiterou que a omissão da indicação dos dispositivos normativos que deram suporte legal no cálculo de apuração da diferença do ICMS-ST impediu de realizar a sua defesa no que se refere ao valor imputado a título de diferença do ICMS-ST.

O autuado também requereu a nulidade do auto de infração em razão de erro na definição da base de cálculo, pois foram consideradas as tabelas da CMED, que não correspondem ao máximo da realidade do mercado.

Ressaltou a ilegalidade do art. 289, § 10 do RICMS/2012 que dispõe que a base de cálculo da

substituição tributária nas operações com medicamentos deve ser o preço único ou máximo de venda fixado.

Destacou que a base de cálculo possível do ICMS, independentemente do regime de tributação é o valor da operação, pois esta é a única expressão capaz de medir validamente a intensidade da hipótese de incidência descrita na regra de competência tributária, contida no art. 155, inciso II da CF.

Concluiu que a utilização do denominado PMC como base de cálculo da substituição tributária implica em insuportável desvirtuamento da regra de competência outorgada pela Lei Suprema, assumindo o tributo uma feição nitidamente confiscatória, com total menosprezo ao princípio da capacidade contributiva, o que é vedado pelos princípios e regras que disciplinam o Sistema Constitucional Tributário.

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

Lembrou que a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 76/94, ao dispor sobre base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária em relação às operações com produtos farmacêuticos, estabeleceu que 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.

Destacou que o art. 8º da LC 87/96, ao prestigiar a permanente busca do valor real da operação, nega a aplicação do PMC como critério válido para fins de determinação da base impositiva do imposto devido por substituição tributária, por ser muito superior ao valor efetivamente praticado no varejo.

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

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

Afirmou que a adoção como base de cálculo do valor da operação acrescido de MVA correspondeu ao valor final da operação ao consumidor final.

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

Ressaltou que somente a lei complementar federal poderá dispor sobre base de cálculo de ICMS, nos termos da Constituição Federal, como se depreende do seu art. 146, inciso III, alínea “a”.

Asseverou que a utilização do Preço Máximo ao Consumidor - PMC, como critério para fixação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, desencadeia um processo de concentração do mercado, através da formação de cartel, tendo em vista que a base de cálculo possível do imposto, extraída da sua regra matriz de incidência tributária, descrita no art. 155, inciso II da CF, deve corresponder ao efetivo valor da operação.

Frisou que determinar que o valor da base de cálculo seja o Preço Máximo ao Consumidor –

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

Lembrou que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula de nº 431 reconhecendo a ilegalidade da cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetida ao regime da pauta fiscal.

Reiterou a flagrante ilegalidade do critério estabelecido para fins de determinação da base de cálculo do ICMS de responsabilidade tributária, ao adotar o Preço Máximo ao Consumidor – PMC, sugerido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), através da Anvisa, uma vez que a referida instituição não é um órgão público fixador de preços, ou seja, a CMED apenas estipula critérios para regulação e ajustes de preços de medicamentos.

O autuado requer, ainda, a nulidade do auto de infração em razão do autuante adotar como base de cálculo da substituição tributária os preços indicados pela CMED. Disse que a CMED não é um órgão público que fixa preço final a consumidor, único ou máximo, mas sim de competência regulatória. Segundo o autuado, ela estabelece critérios para regulação e ajuste de preços de medicamentos, mas não fixa os preços de venda.

Alegou que quando o medicamento não é publicado pelo fabricante ou por uma revista como a ABCFARMA a CMED não possui critérios mercadológicos para apurar o real valor do preço único ou máximo dos medicamentos e a prova disso é que os preços indicados como base de cálculo não correspondem com a realidade de venda dos medicamentos objeto da autuação.

Afirmou que nunca realizou publicações de seus medicamentos em revistas farmacêuticas e não haveria como a CMED apurar o valor do PMC dos medicamentos objeto da autuação.

Relacionou à fl. 87 medicamentos que não estão na tabela da CMED e não possuem publicações do fabricante em revistas farmacêuticas, hipótese em que caberia ao Auditor Fiscal ter utilizado como base de cálculo do ICMS-ST o MVA, nos termos art. 289, § 10 do RICMS/2012 e do Anexo I, item 32. Assim, anexou tabela das fls. 189 a 191 onde apurou uma diferença de ICMS-ST imputada indevidamente no montante de R\$53.208,62.

O autuado apontou, ainda, divergências na descrição dos medicamentos vendidos pela Natulab e os considerados pelo Autuante em seu Auto de Infração, conforme tabela à fl. 193, situação que reforça o argumento de nulidade total do Auto de Infração, pois sem as publicações do fabricante e de revistas farmacêuticas a CMED não teria como possuir critérios mercadológicos para apurar o real valor do preço dos medicamentos e com isso indicar um possível PMC correspondente com a realidade de preços do mercado farmacêutico.

Apresentou julgamento de Embargos Infringentes no Processo nº 70055847602, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu que os preços definidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED não podem ser empregados na fixação da base de cálculo do ICMS, pois objetivam apenas estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços dos fármacos, orientando as empresas produtoras de medicamentos.

O autuado esclareceu que, com base no § 7º do art. 4º da Lei nº 10.742/03, os ajustes de preços dos medicamentos devem ocorrer anualmente, ou seja, não caberia o Auditor Fiscal utilizar relatórios mensais, e sim relatório anuais (tabela de referência – mês de abril de cada ano), sob pena de violação da lei federal,

Assim, concluiu que, como a CMED somente está autorizada a regular o PMC ano a ano, não poderia o Auditor, na hipótese de não haver publicação de medicamentos na tabela de referência de cada ano corrente, neste caso abril de 2013, 2014 e 2015, aplicar o PMC publicados em outros meses.

Apresentou decisão do STJ no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2013/0163504-0, de 11/03/2014, onde foi destacado que, com base nos arts. 4º, § 1º e 6º, II da Lei nº 10.742/03, bem como nos arts. 6º, 7º, e 8º da Resolução CMED 04/2004, a CMED estaria autorizada a fixar, ano a ano, o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) dos medicamentos, que deveria ser observado pelo comércio varejista, valendo-se este, inclusive, de publicação específica para o mercado do produto, que possibilitasse dar publicidade aos preços praticados pelos produtores, como a revista ABCFARMA, permitindo, assim, que o Fisco, amparado pelo art. 8º, § 2º da LC 87/96, lançasse mão desses preços na apuração do ICMS devido na substituição tributária progressiva.

Desta forma, explicou que na tabela das fls. 189 a 191 é possível verificar que diversos medicamentos que foram indicados pelo autuante não constam na tabela de referência do mês de abril de cada ano, como por exemplo os medicamentos Buscoplex Composto Gotas 20ml 1ct X 200fr – Farma, Kollangel Ff Efervescente Laranja Cx C/ 24x50 Sache – Farma, Nistamax 50ml 1ct X 50fr – Farma, Osteofix 500mg D+50 Cx C/50 - Farma Neg, dentre outros mais, e por isso não poderia o autuante ter considerado o PMC.

Concluiu que, como nas tabelas de abril de 2013, 2014 e 2015 não haviam publicações dos medicamentos relacionados em tabela da fl. 93 e que o fabricante não fixou o referido preço, caberia ao autuado utilizar a MVA acrescida dos percentuais de cálculo disponíveis no Protocolo ICMS 105/2009.

Assim, entendeu que o erro na aplicação da base de cálculo violou o Decreto nº 7.629/99, em seu art. 2º, art. 39, inciso IV, alínea “b” e art. 18, inciso IV, que trata sobre o procedimento fiscal estadual da Bahia, que prevê como o Auditor Fiscal deve proceder na lavratura do Auto de Infração.

O autuado apontou inconsistências no auto de infração. Disse que na tabela denominada “DIFERENÇA NA APURAÇÃO DO ICMS ST” o medicamento Afolic comprimido 5Mg 1BLX 20 COM – Farma, que na tabela da CMED está indicado no montante de R\$7,38, aparece no Auto de Infração, nos meses de novembro e dezembro de 2015, no valor de R\$12,10, conforme constante no anexo à fl. 193.

Destacou que o Preço Máximo ao Consumidor – PMC, sugerido através das tabelas da CMED, como critério de determinação de base de cálculo do ICMS devido na substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, estão com preços muito superiores a realidade de preços aplicados pelos estabelecimentos varejistas, onerando excessivamente o preço final dos medicamentos, conforme planilha comparativa de mercado e documentos anexados das fls. 178 a 187.

Alegou que a multa aplicada viola o princípio do confisco, inscrito no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal. Requereu a redução da alíquota para o percentual de 20%, conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgados.

Solicitou a realização de diligências e perícias para averiguar não só os equívocos constantes nos dados utilizados no Auto de Infração, mas, também, a razão das alegações promovidas na impugnação. Indicou como perita a contabilista Silvia Andréia Assunção Toledo, brasileira, casada, inscrita no Conselho Regional de Contabilidade sob o nº 1SP219500, com escritório profissional localizado Av. Tancredo Neves, Edifício Salvador Trade Center, Torre Norte, Sala 1410, Caminho das Árvores, Salvador/BA – Cep: 41820-020.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 197 a 210. Disse que a base de cálculo do ICMS por substituição tributária nas operações com medicamentos está disciplinada no §10, art. 289 do RICMS/12, sendo o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador.

Salientou que a metodologia utilizada pela fiscalização é a mesma com a qual o contribuinte efetua o cálculo da substituição tributária, destacado nas notas fiscais eletrônicas. A diferença

entre o cálculo da fiscalização e o cálculo do contribuinte está apenas na utilização do Preço máximo de venda (PMC) ao invés da Margem de Valor Agregado (MVA) para se apurar a base de cálculo da substituição tributária.

Destacou que as colunas sob a Rubrica resumida de “conv” e “qnt conv” representam a conversão das quantidades descritas nos documentos fiscais de “caixa de embarque” para caixas unitárias de medicamentos. Disse que durante a execução dos trabalhos verificou que o contribuinte comercializa seus produtos agrupados em “caixas de embarque” contendo várias unidades de medicamentos, conforme e-mail das fls. 216 a 218, enviado pelo autuado. acrescentou que tal conversão se fez necessária tendo em vista que o PMC utilizado para definição da base de calculo da ST são de unidades de medicamento.

Como exemplo, citou que, ao descrever na nota fiscal 48930 o item “Beviter 300 MG cx c/50”, o contribuinte está comercializando a quantidade de 1 “caixa de embarque”, com 50 caixas unitárias do medicamento Beviter 300 mg. Da mesma forma, ao descrever na Nota Fiscal nº 49155 o item “Hidralyte 45 guaraná 500ml cx c/24” o contribuinte está comercializando 1 “caixa de embarque” com 24 caixas unitárias do medicamento Hidralyte 45 guarana 500 ml.

Em relação ao erro apontado pelo autuado em relação à Nota Fiscal nº 48.930, disse que não existiu, uma vez que equivocou-se ao verificar a coluna com o valor do ICMS da operação normal ao invés da coluna do ICMS ST. O valor de R\$25,42 corresponde ao ICMS normal, enquanto que o valor de R\$5,01 corresponde ao valor do ICMS ST do item.

O autuante explicou que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) é um órgão interministerial composto pelo Ministério da Saúde, Ministério da Casa Civil, Ministério da Fazenda, Ministério da Justiça e Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e nasceu com atribuições para definição de diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos, a adoção de critérios transparentes para fixação e ajuste de preços de medicamentos, opinar sobre regulamentações que envolvam tributação de medicamentos, assegurar repasse efetivo aos preços em decorrência de elevação de carga tributária e várias outras.

Assim, complementou dizendo que pelas regras atuais, antes que um medicamento possa ser comercializado no país, é preciso obter tanto o registro sanitário na Anvisa quanto a autorização de preço máximo pela CMED, que é divulgado no site da Anvisa.

Apresentou as seguintes definições acerca dos preços de medicamentos:

1. PF (Preço fábrica ou preço fabricante): é o preço máximo permitido para venda a farmácias, drogarias e para entes da Administração Pública. O PF é o preço limite que as empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras podem praticar quando realizar operações com o comércio varejista (farmácias e drogarias);
2. PMC (Preço máximo ao consumidor): é o preço máximo permitido para venda ao consumidor final e inclui os impostos incidentes por Estado. O PMC é o preço limite que os estabelecimentos varejistas podem praticar quando realizar operações com o consumidor final.

Concluiu afirmando que a determinação do preço máximo é obtida através dos relatórios de comercialização que é enviado pelos estabelecimentos fabricantes com varias informações sobre o medicamento, com o preço ao qual a mesma deseja comercializar os seus produtos junto ao comercio varejista, ou seja, o seu Preço Fabrica. Daí a CMED analisa o relatório e dispõe, dentre outras coisas, sobre a procedência do preço sugerido pela indústria.

Explicou, ainda, que os estabelecimentos industriais podem apresentar à CMED o relatório de comercialização com os preços que pretendem praticar na venda de seus fármacos, com índice de reajuste máximo ou inferior ao autorizado pela CMED, e, até mesmo, sem reajuste; portanto, a publicação pela CMED do índice de ajuste para determinação do preço fabricante (PF) não

significa aumento automático. Cabe ao fabricante reajustar ou não o seu PF. Pode inclusive sugerir um PF menor.

Citou o art. 5º da Resolução 02/2012 da CMED que estabelece que o Preço Máximo ao Consumidor - PMC será obtido por meio da divisão do Preço Fabricante - PF pelos fatores constantes em tabela por ela divulgada, observadas as cargas tributárias do ICMS praticadas nos Estados de destino e a incidência da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, conforme o disposto na Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2001.

Concluiu que ao determinar a obtenção do PMC através do PF e este por sua vez tem sua origem no relatório de comercialização enviado pelos estabelecimentos fabricantes, o principal responsável na determinação do PMC são os próprios fabricantes, bastando os mesmos apresentarem à CMED um preço de fábrica (PF) menor que, automaticamente a base de cálculo do ICMS-ST reduzirá.

Destacou que no caso do Estado da Bahia, a obtenção do valor do ICMS ST não é feita tão somente aplicando a alíquota ao PMC. O Decreto nº 11.872/2009 disciplina as possibilidades de apuração ICMS ST dando ao contribuinte duas opções para apuração do ICMS devido, uma inclusive facultando uma redução de valor do PMC em 28,53%. Não se aplicando, porém, ao autuado, pois já é beneficiário do DESENVOLVE.

Disse que o autuado revela cometer infração ao disposto no art. 7º da Resolução CMED nº 02/2012 quando diz que não publica os preços de seus medicamentos.

O autuante, porém, concordou com o autuado que deveria ter sido aplicada a MVA no cálculo do ICMS-ST das mercadorias constantes na tabela das fls. 189 a 191, refazendo a planilha, conforme novo demonstrativo à fl. 245.

O autuante apresentou demonstrativo a fl. 207 onde revela diferenças entre o preço oferecido à tributação por ST e o praticado no varejo, sendo o preço de mercado bem superior.

Em relação à divergência na descrição dos medicamentos vendidos pela Natulab e os considerados pelo Autuante no Auto de Infração, resume em dois tipos os supostos erros:

- 1) Divergência entre o PMC publicado e o informado na planilha da fiscalização;
- 2) Divergência na descrição dos medicamentos vendidos pela Natulab e os considerados pela autuante (Publicação da CMED).

Concluiu que dos 47 itens questionados 45 referem-se à utilização por parte da fiscalização de um valor a menor do que o publicado, enquanto que os únicos dois valores que pela planilha da defesa a fiscalização havia considerado a maior, na realidade está correto, ou seja, o valor apontado pela fiscalização para o medicamento questionado KOLLANGEL TABS DISPLAY LARANJA CX C/ 20 - FARMA – NEG (EAN 7898133139062), corresponde aos valores publicados pela ANVISA (vide publicações PMC's e Notas Fiscais nºs 54956 e 51482 das fls. 249 a 256).

Quanto às alegações de divergência na nomenclatura, informou que a identificação dos itens se deu através do código de barras EAN, que identifica o produto. Afirmou que os códigos de barra EAN são únicos por produto. Assim, identificou o código de barras EAN do produto descrito na nota fiscal eletrônica e buscou o PMC correspondente a este código de barras nas publicações da CMED. Como exemplo, citou a Nota Fiscal nº 71728, emitida em 31/08/2015, onde constatou que os PMC's utilizados na planilha da fiscalização são os mesmos dos códigos de barras EAN constantes na publicação de preços da CMED do mês de novembro 2015 (fls. 258 a 301).

Quanto à utilização dos valores de PMC publicados mensalmente, o autuante informou que o critério mensal foi e deve ser utilizado tendo em vista que as definições anuais são para o valor máximo que pode ser aplicado, o que não impede que o estabelecimento industrial possa diminuir o preço do produto em determinado mês. Quanto à obrigatoriedade de utilizar o preço definido apenas no mês de abril, entendeu que não há nenhum dispositivo legal que assim

disponha. Concluiu que o que há é a obrigatoriedade de se utilizar o preço que esteja publicado e neste caso utilizou o PMC publicado no mês do fato gerador.

O autuado apresentou manifestação das fls. 310 a 315. Insistiu que os dispositivos indicados no Auto de Infração não permitem identificar os parâmetros normativos que deram suporte na confecção do demonstrativo da diferença da substituição tributária que gerou de débito fiscal.

Reclamou que o autuante, apesar de alegar ter acostado aos autos notas fiscais que comprovariam a inexistência de divergência do recolhimento da substituição tributária na nota fiscal nº 48.930, efetivamente não o fez, reforçando ainda mais a omissão da indicação dos dispositivos normativos que deram suporte legal ao cálculo de apuração das diferenças do ICMS-ST.

Reiterou que os dados constantes no relatório de pesquisa de preço de mercado que apresentou demonstra que os produtos autuados estão bem acima do PMC apresentado pela CMED e por isso fica evidente a violação a Súmula nº 431 do STJ que trata sobre pauta fiscal.

Explicou que a omissão na publicação do preço de seus medicamentos apenas trata-se de um descumprimento de obrigação acessória, entretanto isso não muda o fato de que os preços constantes na tabela da CMED, e que supostamente serviriam de base para a autuação, estão bem acima do preço de mercado e por isso não poderiam ser parâmetro de base de cálculo para a autuação.

Destacou que a alegação do autuante de que os valores aplicados na base de cálculo do ICMS-ST pelo Autuado foram menores que o de mercado não é verdade, pois o Autuante deixou de considerar que os preços indicados por ele no documento à fl. 247 se referem a pesquisa de preço do ano de 2017, sendo que a data do fato gerador objeto da autuação se refere a 2014 a 2015, o que justificaria o valor menor aplicado pelo autuado.

Explicou que a planilha anexada pelo autuante das fls. 257 a 301 não comprova a inexistência de divergência dos códigos EAN, pois a lista da CMED disponível no site <http://portal.anvisa.gov.br/anos-anteriores> não apresenta em momento algum esses códigos. Como exemplo, disse que os códigos EAN dos produtos Ranimax e Trioforma na lista da CMED são diferentes do informado pelo autuante.

Quanto à divergência de valores aplicados no Auto de Infração e os constantes na tabela da CMED, o autuado explicou que independe se o valor do PMC aplicado no Auto de Infração está maior ou menor, a divergência ainda persiste, o que demonstra a total falta de subsídio de como foi apurada a base de cálculo e por isso tal ato reforça ainda mais a nulidade do Auto de Infração.

Na sessão de julgamento ocorrida dia 17/07/2018, na 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o autuado apresentou cópia de decisão da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador que deferiu a tutela provisória para afastar do critério de determinação da base de cálculo do ICMS de responsabilidade por substituição tributária o preço máximo ao consumidor sugerido pelo fabricante ou pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, conforme fls. 352 a 356.

Em razão disso, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência à Procuradoria Geral do Estado para que esta declarasse se esta medida judicial importaria em desistência da impugnação ou se esta junta deveria proceder ao julgamento da lide.

Em parecer anexado à fl. 387, a Procuradoria Geral do Estado opinou pela aplicação do quanto disposto no art. 117 do RPAF, tendo em vista a similitude da matéria objeto do lançamento em epígrafe e a pretensão assacada na Ação Declaratória nº 0514959-71.2018.8.05.0001, cujo pronunciamento foi acolhido pela Procuradora Assistente (fl. 388).

Assim, considerou prejudicada a defesa do autuado e sugeriu o encerramento da lide administrativa, com o encaminhamento do crédito constituído para inscrição em dívida e com a devida suspensão do ajuizamento até o deslinde da questão.

VOTO

O presente auto de infração trata da exigência de ICMS decorrente de retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Consta das fls. 352 a 356, decisão interlocutória da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que deferiu a tutela provisória na Ação Declaratória nº 0514959-71.2018.8.05.0001, para afastar do critério de determinação da base de cálculo do ICMS de responsabilidade por substituição tributária, o preço máximo ao consumidor sugerido pelo fabricante ou pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamento.

De acordo com a PGE (fls. 387 e 388), tendo em vista a similitude da matéria objeto do lançamento e a pretensão assacada na referida Ação Declaratória, foi sugerido o encerramento da lide administrativa, com o encaminhamento do crédito constituído para inscrição em dívida e com a devida suspensão do ajuizamento até o deslinde da questão.

O caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que “*a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto*”. Assim, entendo que a defesa interposta fica prejudicada, já que o autuado está discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o processo ser inscrito em dívida ativa, mas com suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Com base em todo o exposto, considero PREJUDICADA a defesa interposta, sendo PROCEDENTE o Auto de Infração. Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário lançado, devendo os autos serem encaminhados à PGE/PROFIS, para adoção das medidas cabíveis, nos termos do artigo 151, IV do CTN. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279691.0004/17-0**, lavrado contra **NATULAB LABORATÓRIO S.A.**, no valor de **R\$3.727.555,39**. Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário no valor já citado, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, consequentemente considerar **PREJUDICADA** a peça defensiva interposta no que tange à obrigação tributária principal, devendo os autos serem encaminhados à PGE/PROFIS, para adoção das medidas cabíveis, nos termos do artigo 151, IV do CTN. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR