

PROCESSO - A. I. N° 281394.0016/17-0
RECORRENTE - IRMÃOS MATTAR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5^a JJF n° 0028-05/19
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS (EXTREMO SUL)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/09/2020

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0176-12/20-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. RECOLHIMENTO A MENOR. O questionamento acerca da utilização da tabela da ABCFARMA, junto com violações da legalidade, seja por ausência de previsão legal Lei n° 7.014, seja pelo Convênio ICMS 76/94, seja quanto à Súmula n° 432 do STJ ou do art. 110 do CTN, já foram amplamente apreciadas neste Conselho, não havendo quaisquer ilegalidades no lançamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente, de Recurso Voluntário (fls.310/49) de Auto de Infração julgado Parcialmente Procedente em Primeira Instância deste Conselho de Fazenda, lavrado em 27/12/2017, com lançamento de ofício no valor histórico de R\$218.213,12, para fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2014, com a seguinte descrição:

Infração 01 – 07.06.02

Efetuou o recolhimento a menor do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural; referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação. Enquadramento : art. §8º, §4º, inciso I, alínea “a” e art. 23, §6º da Lei 7014/96, c/c o art. 294 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, com multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei atrás mencionada.

Após impugnação inicial, fls. 19/66, e da informação fiscal às fls. 265/69, após manifestação do contribuinte acerca da informação fiscal, fls. 277/87, o auto foi julgado Parcialmente Procedente, conforme voto abaixo transcrito:

VOTO

O Auto de Infração em pauta, cumpre com os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade. A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória é advogado com procuração nos autos, conforme se atesta através do instrumento de fls. 68 e 69. Identificado o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário. Não há preliminares a examinar neste feito.

Também inexiste discussão acerca da quantificação da exigência, mesmo depois que o lançamento foi reconstruído pelo autuante. Igual raciocínio se aplica para as operações tributadas com esteio na margem de valor agregado (MVA), usada para alguns produtos elencados no demonstrativo de 1036 folhas, elaborado pela fiscalização.

Após o agente lançador ter passado a considerar os créditos fiscais restringidos no cálculo inicial da cobrança, conforme declarado à fl. 265, apresentando nova memória encartada em mídia eletrônica, o debate passou a se resumir ao aspecto do preço máximo ao consumidor (PMC), publicado pela ABCFARMA, constituir em base de cálculo a ser adotada nas operações com medicamentos.

De fato, o contribuinte comprovou que os remetentes mineiros não fizeram uso de quaisquer benefícios fiscais que justificassem a restrição de valores adotada no levantamento inicial trazido com o auto de infração. Bem procede a retificação feita no informativo fiscal.

Já por seu turno, não há razões para não se computar como base imponível aplicável ao caso em tela, o PMC sugerido pela citada Associação. O §3º, do art. 8º da LC 87/96 – lei regradora das normas gerais do ICMS – estipula que existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, poderá a lei respectiva considerá-lo como base de cálculo da operação mercantil.

A lei respectiva para a Bahia é a de nº 7.014/96, cujo §3º do art. 23, autoriza o regulamento do imposto substituir o montante praticado na operação, mais encargos e margem de valor agregado (MVA), pelo preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo industrial ou importador.

O Anexo 1 do regulamento baiano do ICMS, traz no item 32, a advertência de que a MVA só poderá ser usada quando não houver preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador. E neste mesmo diploma, o inciso III, do §10, do art. 289, reza que para medicamentos, a base imponível será o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo industrial, quando houver.

E, por fim, a cláusula segunda do Conv. ICMS 76/94 – acordo que disciplina as operações interestaduais com medicamentos e outros produtos – determina que, na falta de tabela de preços sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor, a segunda alternativa será o preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Veja-se, portanto, que a legislação regente da matéria gira em torno de autorizar o uso do preço máximo de venda a consumidor como base de cálculo para os medicamentos. Somente quando não houver o PMC é que se fará uso da MVA. Este foi o mecanismo de quantificação utilizado na auditoria. A matéria, inclusive, não é nova para este Conselho. Já há remansoso entendimento na instância de segundo grau, conforme se verifica através dos Ac. CJF Nº 0215-12/18 e CJF Nº 0129-12/18, só para ficar em alguns pronunciamentos prolatados em 2018.

Acerca do último acórdão citado, vale transcrever sua ementa:

“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 PROVÍDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria” (negritos da transcrição).

Não é nova nem mesmo para a empresa autuada, que vem discutindo a legalidade do PMC em auditorias anteriores, consideradas subsistentes neste particular em decisões proferidas nos Ac. JJF Nº 0159-03/18, CJF Nº 0320-11/15, CJF Nº 0294-12/17 e CJF Nº 0039-12/17. Também cabe reproduzir a ementa do último Acórdão mencionado:

“PROCESSO - A. I. Nº 276473.0301/16-0
RECORRENTE - IRMÃOS MATTAR E CIA. LTDA. (DROGARIA, DRUGSTORE E FARMÁCIA INDIANA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0187-04/16
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/03/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0039-12/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO POR CONTRIBUINTE NA CONDIÇÃO DE FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. A base de cálculo do ICMS/ST de produtos farmacêuticos na entrada em estabelecimento situado no território baiano deve ser apurada levando-se em conta os valores constantes da tabela de preços máximos de venda a consumidor final (PMC) publicada pela ABCFARMA, porque são fixados por órgão público competente ou sugeridos pelas empresas industriais ou importadoras. Na inexistência de PMC, a base de cálculo do ICMS/ST deve ser apurada com o acréscimo da Margem de Valor Agregado (MVA). Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria” (grifos da transcrição).

E trechos contidos no voto vencedor, que bem explicam o suporte legal sobre o qual espelhou-se a autuação:

“Conforme previsto nos §§ 2º e 3º do artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96, na Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94 (que “dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos”) e nos §§ 2º e 3º do artigo 23 da Lei estadual nº 7.014/96, a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, nas saídas internas subsequentes de medicamentos promovidas por contribuintes localizados no Estado baiano, deve ser apurada, em regra, com base no preço único ou máximo de venda fixado pelo órgão público competente ou sugerido pelo fabricante ou importador.

Ao contrário do que preconiza o recorrente, a Margem de Valor Agregado (MVA) somente pode ser aplicada por exclusão, isto é, caso não exista preço final ao consumidor, único ou máximo, fixado por órgão público competente ou sugerido pelo fabricante ou importador...

(...)

No caso específico de medicamentos, existe um órgão público competente para fixar os preços de produtos farmacêuticos. Trata-se da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) criada pela Lei federal nº 10.742, de 06 de outubro de 2003, que prevê o seguinte, em seus artigos 5º e 6º:

'Art. 5º Fica criada a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, do Conselho de Governo, que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor.

Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

(...)

II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;

Com fulcro na competência atribuída legalmente, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) edita anualmente resoluções com o objetivo de ajustar os preços dos medicamentos, fixando o Preço Máximo ao Consumidor (PMC)".

Logo, através destas resoluções, as empresas produtoras têm por obrigação dar ampla publicidade aos preços de seus medicamentos, por intermédio de veículos especializados de grande circulação. Daí haver a publicação das revistas da ABCFARMA, que cuidam de publicizar periodicamente os preços máximos ao consumidor dos medicamentos, fornecidos pelos próprios fabricantes. São estes que sugerem os preços a serem praticados junto ao consumidor. E foi com base nestas revistas, que a auditoria encontrou as bases de cálculo inscritas nos demonstrativos de cobrança, os quais não tiveram contestação quantitativa por parte da empresa autuada.

Logo, não há que se falar no caso sob análise em vilipêndio à Súm. 431 do STJ. Nela está dito ser ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria, submetido ao regime de pauta fiscal. O regime de pauta fiscal, consiste no procedimento do próprio sujeito ativo estipular as bases de cálculo sobre as quais incidem a alíquota, para se chegar ao valor devido do tributo. São de autoria do próprio ente tributante.

No caso do PMC, para efeito de cômputo do ICMS, nenhuma ingerência têm os Estados em fixar os seus valores. Isto, conforme explicitado anteriormente, decorre de decisão dos próprios agentes econômicos envolvidos no segmento econômico, a partir da qual as auditorias utilizam como referencial quantitativo.

Portanto, improcedem as alegações de ter havido inobservância aos princípios da tipicidade tributária, separação de poderes, legalidade e segurança jurídica, nem arranho ao art. 110 do CTN, visto que há previsão sim, tanto na lei complementar, tanto na lei institutiva baiana, tanto no Conv. ICMS 76/94, de se usar o PMC como base quantitativa imponível para se encontrar o imposto estadual sobre medicamentos, acrescentando-se ainda, que o voto administrativo deste Conselho carreado à fl. 283, se mostrou discordante, vencido, portanto, conforme se vê do teor do Ac. CJF Nº 0320-11/15, referenciado linhas atrás. Registre-se ainda que a ação anulatória também referida pela defendant ainda não transitou em julgado.

Complementarmente, carece de pertinência a arguição da auditoria não ter atentado para a redução prevista no Conv. ICMS 34/06. Em verdade, consoante assinalado à fl. 269, quer para o PMC, quer para a MVA, o fator redutivo limado pelo citado acordo interestadual, já é levado em conta quando os valores foram fixados pelo legislador baiano, no caso desta última, e pela CMED, no caso da primeira.

Por fim, fulcrado na vedação de confisco, razoabilidade e proporcionalidade, a impugnante entende ser elevada a multa de 60%, e aponta decisão do STF (RE 882.461/MG). A proposição da multa, teve respaldo em comando de lei (art. 42, II, "d" da Lei nº 7014/96).

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento. Ademais, falece competência a esta JJF, apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária, sob o argumento de haver inconstitucionalidades voltadas contra princípios jurídicos insculpidos na Lei Maior.

Afasto o pedido de diminuição da penalidade.

De todo o exposto, atentando-se para a revisão empreendida pelo i. auditor fiscal, haja vista a admissão plena dos créditos fiscais usados pela autuada, deve a cobrança ser julgada procedente em parte, remanescente ainda o valor de R\$129.623,76, conforme demonstrado à fl. 273.

Inconformado, o contribuinte ingressou com o presente recurso às fls. 118/39, com os seguintes argumentos, adiante expostos em resumo.

Que o AI/PTA possui como pressuposto o pretenso recolhimento a menor o ICMS/ST, mediante a apuração do tributo em desconformidade com os PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) adotados pela Administração Fazendária do Estado da Bahia – Tabela da ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico), que se trata de ENTIDADE PRIVADA DE COMERCIANTES.

Em outras palavras, o trabalho da fiscalização, no AI/PTA se resume à tentativa de legitimar a adoção de PAUTA FISCAL como base de cálculo do ICMS/ST. Além disso, verifica-se do auto de infração que houve limitação dos créditos aproveitados pela Impugnante com base no Decreto Estadual nº 14.213/2012, que veda os créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo.

Que não se pode exigir supostas diferenças de ICMS/ST, uma vez que o PMC utilizado pelo Fisco (Tabela da ABCFARMA) viola o princípio da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, e das limitações legais e constitucionais ao poder de tributar, tratando-se de procedimento fiscal historicamente censurado pela jurisprudência pátria e que, inclusive, depõe contra expressa disposição de súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Demonstrou, ainda, que a limitação dos créditos de ICMS aproveitados pela Impugnante nas entradas de mercadorias em operações interestaduais, por supostamente as remetentes das mercadorias terem sido favorecidas por incentivos fiscais concedidos unilateralmente pelos entes federados de origem, não pode prevalecer na espécie.

Isto porque as remetentes das mercadorias (filiais mineiras da pessoa jurídica Irmãos Mattar & Cia Ltda. inscritas no CNPJ/MF sob o nº 25.102.146/0071-81 e 25.102.146/0014-93) não foram favorecidas por incentivos fiscais (crédito presumido), conforme comprovam suas DAPI's e conforme declarado expressamente pela Superintendência de Fiscalização da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, não havendo que se falar, portanto, em estorno de créditos.

Após receber a peça de impugnação, a fiscalização, em sede de informativo fiscal (fls. 265/269), a fiscalização reconheceu a legitimidade do aproveitamento de créditos pela Recorrente, refazendo os cálculos do crédito tributário exigido. Manteve, todavia, as exigências relativas às diferenças de ICMS/ST apuradas com base na tabela ABCFARMA.

Na ocasião, os eminentes julgadores da il. Junta de Julgamento Fiscal aduziram que não mereceria prosperar a insurgência da Recorrente quanto à utilização da Tabela ABCFARMA pelo fisco para fins de apuração de diferenças de ICMS/ST sobre medicamentos, uma vez que a aludida tabela estaria respaldada pela legislação tributária estadual, bem como por dispositivos da Lei Complementar nº 87/1996.

Permissa venia ao brilhantismo do órgão julgador de origem, é de se ver que o r. acórdão recorrido merece ser reformado, a fim de que sejam canceladas as exigências fiscais vertidas no auto de infração, haja vista que a denominada “Tabela ABCFARMA” revela a adoção de pauta fiscal para fins de determinação da base de cálculo do ICMS/ST, o que não se revela admissível à luz da hodierna jurisprudência pátria, bem como das normas de regência do ICMS (tanto as estabelecidas pela LCP nº 87/1996, quanto as contidas na própria legislação estadual). Senão, veja-se:

Como se sabe, a base de cálculo do ICMS/ST é construída a partir da técnica da presunção ou ficção legislativa no sentido de conferir ao fato gerador presumido do imposto os valores compatíveis com a realidade do negócio jurídico de circulação das mercadorias:

- a) seja a partir da fixação do **preço final a consumidor** pelo órgão público competente - § 2º do art. 8º da LC nº 87/96;
- b) seja a partir do preço final a consumidor adotado pelo estabelecimento industrial - FABRICANTE ou o IMPORTADOR - § 3º do art. 8º da LC nº 87/96;

A despeito de toda esta regulamentação legal, verifica-se, no caso em tela, mera tentativa de cobrança de pretensos créditos de ICMS mediante a adoção de critério para base de cálculo diverso do que definem os parágrafos 2º e 3º, do art. 8º da LCP nº 87/96, em que pese o respeitável entendimento em sentido contrário adotado pelo acórdão recorrido.

No caso concreto, por simples consulta aos relatórios fiscais do AI/PTA, verifica-se que a apuração dos alegados créditos possui como fundamento não os preços finais a consumidor fixados por ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE, nem tampouco, os preços informados pelo estabelecimento fabricante/importador, e sim, a Tabela de PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editada pela ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico). Diga-se de passagem, trata-se de ASSOCIAÇÃO PRIVADA DE COMERCIANTES, entidade que, por não se revestir de natureza pública, está destituída de competência para estabelecer os PMC's.

Na visão do AI/PTA, teria a Recorrente efetuado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, por erro na determinação da base de cálculo, referente às aquisições interestaduais de produtos farmacêuticos constantes, na medida em que segundo a fiscalização deveria utilizar o PMC – Preço Máximo de Venda a Consumidor erigido pela tabela da ABCFARMA.

Constatado que o AI/PTA parte da adoção da Tabela de PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editada pela ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico), para os fins da arguição de suposto recolhimento a menor de ICMS/ST, deste cenário ressoa INEQUIVOCAMENTE A ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO adotado pelo Fisco.

E assim se afirma porque os parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LCP nº 87/96 são taxativos ao disporem que a base de cálculo do ICMS/ST possui como suporte a tabela fixada pelo ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE ou o preço sugerido pelo FABRICANTE (estabelecimento industrial) ou, ainda, pelo IMPORTADOR, e não pela ASSOCIAÇÃO PRIVADA DE COMERCIANTES, cognominada ABCFARMA, cadastrada no CNPJ sob o nº 53.375.317/0001-79.

É o que se deflui da leitura conjugada dos parágrafos 2º e 3º, do art. 8º da LCP nº 87/96, cujo resgate é curial ao caso, para se ter em mente a ilegalidade dos lançamentos contidos no AI/PTA, a *contrário sensu* das normas de regência:

“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.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo FABRICANTE ou IMPORTADOR, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.” (Grifos e negritos nossos).

Neste passo, as exigências tributárias vertidas ao AI/PTA estão eivadas de nulidade insanável pela violação à regra matriz de incidência do ICMS/ST, pois, utilizam base de cálculo não prevista nos parágrafos 2º e 3º, do art. 8º da LC nº 87/96, a saber Tabela de PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editada pela ABCFARMA, repita-se mera associação privada de comerciantes, o que caracteriza insanável violação ao princípio da tipicidade tributária, razões bastantes ao cancelamento da autuação – AI/PTA.

Revisitadas todas as normas retro anunciadas que dizem respeito à regra matriz de incidência do ICMS/ST, verificando o Cartão CNPJ da ABCFARMA, tem-se que a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico é entidade de CARÁTER PRIVADO, NO CASO, MERA ASSOCIAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DOS COMERCIANTES FARMACÊUTICOS.

Como tal, não sendo FABRICANTE (estabelecimento industrial), ou IMPORTADOR, como exige o art. 23, II, § 3º da Lei Ordinária nº 7.014/96, mas mera agremiação de COMERCIANTES, todos os documentos produzidos ou veiculados por referida entidade, a exemplo tabelas de preços máximos de venda ao consumidor, não podem ser utilizados pelo Estado da Bahia como base de cálculo do ICMS/ST, em atenção ao princípio da tipicidade tributária.

E tais atributos não se estendem ao AI/PTA ora combatido, na medida em que tal autuação possui

por fundamento a utilização de Preços Máximos de Venda a Consumidor, sintetizados pela ABCFARMA, reputa-se ASSOCIAÇÃO PRIVADA DE COMERCIANTES, figuras não autorizadas segundo o rol típico de LEGITIMADOS à indicação da base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária (preço final a consumidor).

Mais ESPECIFICA e TIPICAMENTE, apenas aos ÓRGÃOS COMPETENTES, aos FABRICANTES (estabelecimento industrial) ou aos IMPORTADORES SE AUTORIZA A FIXAÇÃO/SUGESTÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST. É o que dizem os parágrafos 2º e 3º do art. 8º da LCP nº 87/96.

Ou de forma mais RESTRITIVA AINDA, apenas as tabelas de Preços Máximos de Venda a Consumidor editadas pelos FABRICANTES ou IMPORTADORES podem ser utilizadas como base de cálculo do de ICMS/ST no Estado da Bahia à luz do art. 23, II, § 3º da Lei nº 7.014/96.

Por outro lado, tem-se por necessária a reforma do r. acórdão recorrido uma vez que este, ao balizar as cobranças de diferenças de ICMS/ST vertidas no auto de infração, culminou em emprestar validade a uma clara pauta fiscal (Tabela ABCFARMA), o que não se admite.

Como já exposto, na hipótese concreta, em análise ao AI/PTA, verifica-se que a apuração dos alegados créditos possui como fundamento não os preços fixados por órgão público competente (o que nem a norma estadual baiana prevê - art. 23, II, § 3º da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96), tampouco os preços informados pelo estabelecimento fabricante/importador.

Na contramão de todas as normas de regência, o que sem tem para a hipótese concreta é a cobrança de ICMS/ST com base na Tabela de PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) editada pela ABCFARMA.

Na verdade, a malsinada tabela da ABCFARMA, por estabelecer arbitrariamente o PMC, em completa dissonância com a realidade, nada mais é do que uma PAUTA FISCAL, que verdadeiramente desnatura a sistemática da substituição tributária

Em casos análogos, a própria Administração Fazendária reconhece que toma por base o sistema de pautas fiscais mediante a adoção de Tabelas da ABCFARMA, para cobrança do ICMS/ST. É o que se extrai do voto do Conselheiro Dr. Rodrigo Lauande Pimentel, que deu provimento ao recurso interposto pela Impugnante no bojo do AI/PTA nº 269369.0934/14-8. Veja-se:

“VOTO DISCORDANTE (Quanto ao uso de pauta fiscal)

Em que pese a brilhante argumentação da n. Conselheira Relatora, peço licença para discordar do seu entendimento quanto a validade do Auto de Infração.

Temos sobre análise, Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pela suposta falta de recolhimento do ICMS antecipação, sobre medicamentos. Em síntese, o Recorrente alega imprecisão nos preços praticados sugeridos na revista ABCFARMA, não podendo tais sugestões serem consideradas como base de cálculo do ICMS.

Pois bem. Em que pese a legislação posta e a prova dos autos, entendo que merece guarida a tese recursal com base no quanto já pacificado 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.”

CREIO QUE A UTILIZAÇÃO DOS VALORES SUGERIDOS PELA ABCFARMA NÃO É NADA MAIS SENÃO UM REGIME DE PAUTA FISCAL, QUE NÃO PODE SER ACEITO NAS CONDIÇÕES ORA POSTAS, POIS, NÃO HÁ COMO VERIFICAR A REAL OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES DO ICMS, NOS VALORES “SUGERIDOS”.

Como visto, a autuação em tela, amparada pelos VALORES SUGERIDOS PELA ABCFARMA, revela procedimento que NÃO É NADA MAIS SENÃO UM REGIME DE PAUTA FISCAL, QUE NÃO PODE SER ACEITO.

No caso o expediente engendrado ignora o conceito civilista das associações não-públicas e ao mesmo tempo as noções legais e semânticas da *res publica*, pois, à luz do ordenamento jurídico vigente, afigura-se IMPOSSÍVEL EQUIPARAR as ASSOCIAÇÕES DE DIREITO PRIVADO aos ÓRGÃOS INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO, se acaso pudesse o Fisco se socorrer de tabela de AUTORIDADE PÚBLICA, o que sequer é possível ante a taxatividade do art. 23, II, 3º da Lei nº 7.014/96.

Neste passo, por força da impossibilidade de equiparação, a pretensão fiscalização de dotar a ABCFARMA (repita-se, associação de direito privado que se dedica ao comércio de produtos farmacêuticos e para saúde), a natureza jurídica de FABRICANTE beira ao absurdo tratando-se de expediente fiscal que colide com os arts. 4º e 8º do RIPI/2010.

No mesmo sentido, como pretendido pelo auto de infração, revela-se impossível a equiparação da ABCFARMA para os fins de sugestão de bases de cálculo de ICMS/ST à figura do IMPORTADOR prevista também no § 3º, do art. 8º da LCP nº 87/96, na medida em que à luz do art. 9º do RIPI, estabelecimento importador é aquele que realiza o negócio jurídico transnacional de internalização de mercadorias e realiza o desembarque aduaneiro. Veja-se:

“Art. 9º Equiparam-se a estabelecimento industrial:

I - os estabelecimentos importadores de produtos de procedência estrangeira, que derem saída a esses produtos (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso I);”

DO CONVÊNIO ICMS Nº 76/94 – DESCONSIDERAÇÃO FISCAL ACERCA DO REGAMENTO

Demais disso, certo é que não podem prevalecer os fundamentos adotados pelo r. acórdão recorrido para desconsiderar a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 76/1994.

Nos termos em que narrado na peça de impugnação, fato é que a fiscalização, ao eleger como base de cálculo do ICMS/ST a tabela de preços máximos da associação comercial ABCFARMA, inobservou regras específicas à apuração do tributo dispostas no CONVÊNIO ICMS de nº 76/94, além de apresentarem descompasso com relação aos preços médios praticados na comercialização dos medicamentos.

Compulsando, a norma em tela, as disposições constantes no diploma repetem precisamente o art. 23, II, § 3º da Lei nº 7.014/96, que autoriza a fixação/sugestão da base de cálculo do ICMS/ST apenas ao fabricante (estabelecimento industrial) e ao importador. Senão veja-se:

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

(...)

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

(...)

§ 3º Nas situações previstas em regulamento, em substituição ao disposto no inciso II do caput deste artigo, a base de cálculo para fins de substituição tributária será o preço final a consumidor fixado ou sugerido pelo FABRICANTE ou IMPORTADOR.” (Grifos nossos)

“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 preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, incluídos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada (“MVA Ajustada”), calculado segundo a fórmula:

(...)

§ 7º O estabelecimento industrial remeterá listas atualizadas dos preços referidos no caput, podendo ser emitida por meio magnético, ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da Federação onde tiver obtido inscrição como substituto tributário.

§ 8º O estabelecimento industrial ou importador informará em qual revista especializada ou outro meio de comunicação divulgou os preços máximos de venda a consumidor dos seus produtos, conforme determinação legal, ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da Federação, sempre que efetuar quaisquer alterações.” (Grifamos).

Também por isso carece de reforma a r. decisão recorrida, para que sejam acolhidas as razões expostas pelo contribuinte, determinando-se o cancelamento integral do auto de infração.

DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO APURADO PREVISTA NO CONVÊNIO ICMS 34/06

Conforme anunciado, como se já não fossem suficientes todos os vícios que inquinam de nulidade o AI/PTA, adite-se que, na remota hipótese de se ter por verdadeiras as alegações fiscais, o que não se admite à luz de todas as normas de regência expostas acerca das irregularidades cometidas pelo Fisco, ainda assim, merecem ser revistas as autuações, o que se expõe apenas por amor ao debate.

E assim se afirma porque, quando da realização dos indigitados lançamentos, a fiscalização se olvidou de observar o que diz o CONVÊNIO ICMS 34/06. Pelo exame da norma, afigura-se necessária a revisão dos lançamentos, pois o aludido convênio estabelece redução da base de cálculo dos itens do setor farmacêutico em 9,04% (nove vírgulas zero quatro por cento), 9,34% (nove vírgulas trinta e quatro por cento) e 9,90% (nove vírgulas noventa por cento) em operações interestaduais, relativamente às mercadorias miradas pelo art. 1º da Lei nº 10.147/00. Veja-se:

“Cláusula primeira Nas operações interestaduais com os produtos indicados no “caput” do art. 1º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, destinados à contribuintes, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente na respectiva operação.

§ 1º A dedução corresponderá ao valor obtido pela aplicação de um dos percentuais a seguir indicados, sobre a base de cálculo de origem, em função da alíquota interestadual referente à operação:

I - com produto farmacêutico relacionado na alínea “a” do inciso I do “caput” do art. 1º da Lei 10.147/00, com alíquota:

- a) de 7% - 9,34%;*
- b) de 12% - 9,90%;*
- c) de 4% - 9,04”*

Assim, quando menos devida a revisão dos lançamentos, com a aplicação dos redutores da base de cálculo ora mencionados, repita-se, se, *ad argumentandum*, forem mantidas as autuações – AI/PTA.

Conforme anunciado, como se não fossem suficientes todos os vícios que inquinam de nulidade o AI/PTA, adite-se que, na remota hipótese de se ter por verdadeiras as alegações fiscais, o que não se admite à luz de todas as normas de regências expostas acerca das irregularidades cometidas pelo Fisco, ainda, assim, merecem ser revistas as autuações, o que se expõe apenas por amor ao debate.

Por fim, relembrar-se que, além das mencionadas e supostas infrações, aplicou-se à Recorrente as multas previstas no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, que majoraram as obrigações tributárias principais perseguidas pelo Fisco Baiano em cerca de 60% (sessenta por cento). Mais do que isso: é evidente, pois, que as referidas multas não observaram os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo por demais EXCESSIVAS.

Não menos importante é notar que, em virtude da não observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, as multas aplicadas assumem caráter confiscatório, em manifesta afronta ao que dispõe o art. 150, inc. IV da CF/88. Com efeito, a aplicação das multas deve observar a razoabilidade, sob pena de se configurar maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que veda o confisco, ensejando, até mesmo, o enriquecimento sem causa do Estado.

Por tudo quanto alegado e demonstrado, espera e requer a Recorrente de Vs. Sas. o recebimento do presente recurso por ser cabível e tempestivo, nos termos legais, para que seja provido o recurso, a fim de determinar a reforma da decisão recorrida e o imediato cancelamento dos lançamentos consubstanciados no AI/PTA e de todas as exigências nele contidas, bem como a inexistência das relações jurídicas relativamente às alegadas exigências de ICMS, decretando-se definitivamente o cancelamento da autuação.

A título de eventualidade, quando menos necessária seja reformada parcialmente a r. decisão recorrida, a fim de que seja revista a base de cálculo utilizada, nos termos do Convênio ICMS 34/06, bem como seja determinado o cancelamento ou, no mínimo, a substancial redução da multa aplicada, uma vez que atentatória aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

VOTO

Trata o Recurso Voluntário, de diversas questões de direito, que deverão ser apreciadas neste voto, que pretensamente justificariam a ilegalidade da cobrança efetuada na substituição tributária de medicamentos, baseada nos preços máximos a consumidor final, indicados na revista da ABCFARMA - Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico.

Primeiro, alega-se que os preços máximos a consumidor – PMC - foram obtidos de lista da ABCFARMA, que se resumiria a uma tentativa de legitimar pauta fiscal como base de cálculo do ICMS /ST. Segundo, que tais preços da revista da ABCFARMA, representam uma violação do princípio da separação dos poderes pelo estado baiano e que não se poderia erigir decreto com disposições não previstas nas normas tributárias, pois a utilização de tabelas não está prevista no art. 23 da Lei nº 7.014/96. Terceiro, da impossibilidade de se criar pautas fiscais para apuração do ICMS /ST. Quarto – que há inobservância da Súmula nº 431 do STJ. Quarto - haveria violação do art. 110 do CTN. Quinto – que também haveria violação do Convênio ICMS 76/94, art. 23, cláusula segunda. Sexto - redução de base de cálculo do Convênio ICMS 34/06. Sétimo- pede redução da multa aplicada, em caso de manutenção do lançamento contestado.

Em relação à Súmula nº 431 do STJ, em verdade não há o alcance pretendido pelo impugnante, pois o que foi tido como ilegal é a pauta fiscal com arbitramento puro e simples pelo fisco. Conforme se verifica, não se está a arbitrar o preço final do medicamento, mas utilizando-se da listagem da ABCFARMA que compila dados dos próprios fabricantes, em acordo com o disposto pelo próprio recorrente em seu voto, nos termos da legislação vigente, art. 23 da Lei nº 7.014/96, parágrafos 6º e 7º.

§ 7º O estabelecimento industrial remeterá listas atualizadas dos preços referidos no caput, podendo ser emitida por meio magnético, ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da Federação onde tiver obtido inscrição como substituto tributário.

§ 8º O estabelecimento industrial ou importador informará em qual revista especializada ou outro meio de comunicação divulgou os preços máximos de venda a consumidor dos seus produtos, conforme determinação legal, ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da Federação, sempre que efetuar quaisquer alterações.” (Grifamos)

Ora, não faz nenhuma diferença o Estado buscar diretamente os preços juntos aos fabricantes ou junto à ABCFARMA que recebe e compila todos esses preços, e se constitui na revista especializada citada pela Lei nº 7.014/96.

O Recorrente, para contestar o lançamento, deveria trazer provas de que os preços dos fabricantes estão em desacordo com os dispostos na lista da ABCFARMA. O próprio sítio da ANVISA - órgão federal da vigilância sanitária, atesta a REVISTA ABCFARMA como referência dos preços máximos a consumidor final, conforme excerto abaixo:

A lista de preços máximos apresenta os medicamentos por princípio ativo, empresa e apresentação do produto, de acordo com a alíquota praticada do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS).

Os preços dos medicamentos são publicados no portal da Anvisa, e podem ser acessados em www.anvisa.gov.br > serviços da Anvisa (barra cinza vertical) > cidadão > lista de preços de medicamentos > acesse o serviço.

Link direto: <<http://portal.anvisa.gov.br/listas-de-precos>>.

A lista é disponibilizada em arquivos nos formatos xls e pdf, e sua atualização ocorre por volta do dia 15 de cada mês, pois sempre estão sendo lançados novos medicamentos no mercado.

Além disso, os preços dos medicamentos devem ser publicados em revistas especializadas do setor farmacêutico, tais como ABCFarma, Brasindice, Kairos, Iditec e qualquer outra revista de circulação regional ou nacional, e devem ficar disponíveis nos balcões das farmácias e drogarias. Os interessados também podem solicitar as revistas de preços ao farmacêutico ou atendente.

Consulta em 16/07/2020: http://portal.anvisa.gov.br/anvisa-esclarece?p_p_id=baseconhecimentoportlet_WAR_baseconhecimentoportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_baseconhecimentoportlet_WAR_baseconhecimentoportlet_assuntoId=

22&_baseconhecimentoportlet_WAR_baseconhecimentoportlet_conteudoId=0&_baseconhecimentoportlet_WA
R_baseconhecimentoportlet_view=detalhamentos

Este foi o fundamento do voto do Conselheiro Dr. Rodrigo Lauande Pimentel, citado no Recurso Voluntário, no Auto de Infração nº 269369.0934/14-8, que segundo o Recorrente, “deu provimento ao recurso interposto” pela “Impugnante”, mas que é preciso registrar, não deu provimento, foi apenas um voto discordante e vencido, cuja voto vencedor foi da Conselheira Rosany Nunes de Melo, conforme ementa abaixo:

PROCESSO - A. I. N° 269369.0934/14-8 RECORRENTE - IRMÃOS MATTAR & CIA LTDA. RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0153-04/15 ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF N° 0320-11/15 EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR. MEDICAMENTOS. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com medicamentos deve corresponder ao preço máximo a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador – Tabela ABCFARMA. Exegese do quanto disposto no §3º do inciso II do artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96 c/c o artigo 23 da Lei nº 7.014/96 e disposições veiculadas pelo Convênio ICMS 76/94. Inaplicabilidade das disposições do Convênio ICMS 34/06 à hipótese dos autos. Incompetência deste órgão julgador para apreciar matéria atinente à constitucionalidade. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada de ofício. Decisão não unânime. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Quanto ao Art. 110 do CTN, este tem o seguinte teor:

A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

O Recorrente invocou tal artigo do CTN, como tentativa de desqualificar a ABCFARMA em relação à sua condição de órgão privado, de modo a contestar os preços máximos a consumidor ali informados, como se não fossem válidos. A jurisprudência administrativa assim como judicial não deixa a menor sombra de dúvidas quanto à legalidade dos preços ali indicados, e mais à frente, neste voto, tal situação será fartamente comprovada, inclusive com julgamentos colacionados do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à redução de base de cálculo e o Convênio ICMS 34/06, de fato traz reduções para determinados medicamentos. O autuante em breves palavras, na informação fiscal de fls. 269, diz que não é possível se aplicar esta redução no caso presente, visto que para obtenção da base de cálculo quando se utiliza o PMC, as listas negativas, positivas e neutras já estão ajustadas para expurgar da base de cálculo do ICMS ST as contribuições federais PIS/PASEP/ e COFINS. Contudo, faltou ao autuante explicar e provar que tais contribuições estão expurgadas e não cabe mais aplicar a redução pleiteada no CONVÊNIO ICMS 34/06, que tem as cláusulas seguintes em destaque:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com os produtos indicados no “caput” do art. 1º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, destinados à contribuintes, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente na respectiva operação.

Cláusula segunda As unidades federadas poderão, nas operações internas, adotar a dedução de que trata este convênio, estabelecendo, de acordo com a alíquota interna aplicável, o percentual de dedução correspondente, com o fim de excluir da base de cálculo do ICMS devido pelo remetente dos produtos o valor das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS.

Cláusula quarta O documento fiscal que acobertar as operações indicadas neste convênio deverá, além das demais indicações previstas na legislação tributária:

I - conter a identificação dos produtos pelos respectivos códigos da TIPI e, em relação aos medicamentos, a indicação, também, do número do lote de fabricação;

II - constar no campo “Informações Complementares”:

a) existindo o regime especial de que trata o art. 3º da Lei nº 10.147/00, o número do referido regime;

O convênio se reporta à Lei nº 10.147/2000, que regula as alíquotas e o crédito presumido de PIS/PASEP e COFINS, no que resultou nas 3 categorias de medicamentos: lista positiva, lista

negativa e neutra. Uma explicação bem clara disto, pode ser encontrada no sítio da ANVISA abaixo, cuja transcrição está a seguir:

(http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/415212/Comunicado+nº+5%2C+de+31+de+março+de+2016/e_a7e8e27-b769-4294-86e5-29d265bec01c)

Lista Positiva: medicamentos cujas substâncias ativas constam do anexo do Decreto nº 3.803, de 24 de abril de 2001, e suas atualizações, sujeitos à prescrição médica, identificados com tarja vermelha ou preta, e cujas empresas produtoras usufruem do regime especial de utilização de crédito

Lista Negativa: medicamentos pertencentes às classificações constantes do art. 1º da Lei nº 10.147, de 2000, cujas substâncias ativas não estejam relacionadas no anexo do Decreto nº 3.803, de 2001, e suas atualizações.

Lista Neutra: medicamentos que não estão sujeitos ao regime tributário estabelecido na Lei nº 10.147, de 2000.

CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS SECRETARIA-EXECUTIVA -
Comunicado nº 5, de 31 de março de 2016 Publicado no D.O.U nº 62, de 01/04/2016, Seção 3, pag. 115

Secretaria-Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), com fulcro no disposto no inciso XIII do artigo 12 da Resolução CMED nº 3, de 29 de julho de 2003;

Considerando o disposto na Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, que concede regime especial de utilização de crédito presumido da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS;

Considerando o disposto no inciso X do Art. 6º da Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, que dá competência à CMED de assegurar o efetivo repasse de alterações da carga tributária aos preços dos medicamentos; Considerando o advento das novas alíquotas do ICMS; Considerando a decisão do Comitê Técnico-Executivo da CMED, em reunião realizada em 28 de janeiro de 2016; e Considerando o resultado da Audiência Pública realizada em 02 de março de 2016;

Expede o presente Comunicado(...)

13 – O novo PMC será obtido por meio da divisão do novo PF pelo fator de conversão constante da tabela abaixo, observadas as alíquotas do ICMS praticadas nos Estados de destino e a incidência da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS.

PREÇOS MÁXIMOS AO CONSUMIDOR - PMC			
LCCT	LISTA POSITIVA	LISTA NEGATIVA	LISTA NEUTRA
ALÍQUOTA DE ICMS	FATORES DE CONVERSÃO PF PARA PMC		
0%	0,723358	0,745454	0,740214
12%	0,723358	0,748624	0,742604
17%	0,723358	0,750230	0,743812
17,5%	0,723358	0,750402	0,743942
18%	0,723358	0,750577	0,744072
19%	0,723358	0,750932	0,744339
20%	0,723358	0,751296	0,744613

Pelo exposto, não há que se falar em redução de base de cálculo por conta do Convênio ICMS 34/06.

Considero ainda, que os questionamentos acerca da utilização da tabela da ABCFARMA, junto com violações da legalidade, seja por ausência de previsão legal Lei nº 7.014, seja pelo Convênio ICMS 76/94, seja quanto à Súmula nº 432 do STJ ou do art. 110 do CTN, já foram amplamente apreciados neste Conselho de Fazenda, não havendo quaisquer ilegalidades no lançamento, conforme transcrição de voto abaixo nesta mesma Segunda Câmara, inclusive em voto deste mesmo Relator conforme transcrição abaixo:

**2a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0261-12/19 EMENTA**

Cabe observar que os valores constantes da tabela elaborada pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - ABCFARMA, publicada em revista especializada e voltada ao setor varejista de produtos farmacêuticos, segue a previsão da Portaria MEFP nº 37/92, publicada no Diário Oficial da União em 12/05/1992.

Os preços máximos a consumidor final, PMC, nela divulgados, são meras reproduções dos preços recomendados pelas indústrias, que são fielmente reproduzidos na Revista ABCFARMA, para fins de determinar a base de cálculo do imposto devido pelo regime de substituição tributária.

A adoção do PMC foi reconhecida pela jurisprudência do STJ, cuja reprodução aqui de alguns julgados, é oportuna:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. PREÇO FINAL A CONSUMIDOR SUGERIDO PELO FABRICANTE (DIVULGADO NA REVISTA ABCFARMA). LEGALIDADE. PAUTA FISCAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. O preço final a consumidor sugerido pelo fabricante (divulgado em revista especializada) pode figurar como base de cálculo do ICMS a ser pago pelo contribuinte sujeito ao regime de substituição tributária “para frente”, à luz do disposto no artigo 8º, § 3º, da Lei Complementar 87/96, verbi: “Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

- (...) II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*
- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
 - b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço*
 - c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes. (...)*

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido. § 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço”.

2. Consoante cediço, “é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal” (Súmula 431/STJ), o que não se confunde com a sistemática da substituição tributária progressiva, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 213.396, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 02.08.1999, DJ 01.12.2000; e RE 194.382, Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 25.04.2003, DJ 25.04.2003).

3. Assim é que se revela escorreita a conduta da Administração Fiscal que estipula base de cálculo do ICMS, sujeito ao regime da substituição tributária progressiva, com espeque no preço final ao consumidor sugerido pelo fabricante de medicamentos e divulgado por revista especializada de grande circulação.

É que o STJ já assentou a legalidade da utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva (REsp 1.192.409/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010; e RMS 21.844/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 01.02.2007). 5. Recurso ordinário desprovido. (RMS 24172/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 10/05/2011).

AGRADO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS INCIDENTE SOBRE MEDICAMENTOS. VENDA A HOSPITAIS. BASE DE CÁLCULO. PREÇOS DIVULGADOS PELA REVISTA “ABCFARMA”. PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR. LEGALIDADE.

I - É válida a sistemática da substituição tributária “para frente”, no que se refere ao ICMS incidente sobre a venda de produtos médico hospitalares para hospitais e congêneres. Precedentes deste Tribunal. (EDcl no REsp 418541/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/04/2009). Precedente: REsp nº 598.888/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ de 14/12/2006.

II - Esta Corte admite a utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva. Precedentes: REsp nº 1.192.409/SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/07/2010; RMS nº 21.844/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ de 01/02/2007; RMS nº 20.381/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ de 03/08/2006. III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1237400/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 06/12/2011)

Além desse, este mesmo Relator, já fez julgamento em Segunda Instância de Recurso do mesmo contribuinte, conforme abaixo, na primeira câmara, apreciando as mesmas razões:

PROCESSO - A. I. N° 272041.0366/15-3 RECORRENTE - IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA. (FARMÁCIA LETÍCIA) RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECURSO - RECURSO DE VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0043-05/17 ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF N° 0290-11/17 EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO PROCEDENTE DE ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DE ACORDO INTERESTADUAL (CONVÉNIO OU PROTOCOLO) PARA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA A CONSUMIDOR COMO BASE DE CÁLCULO DO ICMS IMPOSTO RETIDO A MENOS. Importa ressaltar que o preço que forma a base de cálculo é aquele indicado pelo fabricante, sendo indiferente o órgão intermediário para efeitos de cálculo, pois os preços são idênticos. Quando o legislador indicou a tabela do órgão competente para venda consumidor deu apenas uma referência de banco de dados de preços seguramente idôneos, visto haver imensa quantidade de fabricantes, mas é absolutamente fora de contexto obrigar a Secretaria a provar se os preços foram retirados da ABCFARMA ou da ANVISA – pois são idênticos, e cabe ao Recorrente simplesmente provar que por algum erro não correspondem aos preços divulgados, seja pela apresentação de alguma cópia da Revista da ABCFARMA, seja da ANVISA, seja do fabricante. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

Vejamos trecho do voto:

A Secretaria busca junto a esses órgãos, as informações com as quais monta o banco de dados utilizados pela fiscalização, e eventualmente, na ausência de alguma informação do preço de um medicamento da ABCFARMA, socorre-se da tabela da ANVISA, pois uma complementa a outra. E na eventual impossibilidade de nenhum desses órgãos fornecerem os preços, busca diretamente com o fabricante, e em havendo dificuldades de encontrar junto ao fabricante, a SEFAZ recorre ao dispositivo da Cláusula Segunda do supracitado Convênio: § 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: (...) Assim, importa ressaltar que o preço que forma a base de cálculo é aquele indicado pelo fabricante, sendo indiferente o órgão intermediário para efeitos de cálculo, pois os preços são idênticos.

Quando o legislador indicou a tabela do órgão competente para venda consumidor deu apenas uma referência de banco de dados de preços seguramente idôneos, visto haver imensa quantidade de fabricantes, mas é absolutamente fora de contexto obrigar a Secretaria a provar se os preços foram retirados da ABCFARMA ou da ANVISA – pois são idênticos, e cabe ao Recorrente simplesmente provar que por algum erro não correspondem aos preços divulgados, seja pela apresentação de alguma cópia da Revista da ABCFARMA, seja da ANVISA, seja do fabricante.

Importante ressaltar que quando se aplica o MVA das tabelas do parágrafo segundo, encontra-se exatamente o mesmo valor do PMC (preço máximo a consumidor) sugerido pelo fabricante. Assim, se um medicamento tem o preço fábrica (preço cobrado pela indústria nas vendas para farmácias) de exatos R\$100,00, e sendo oriundo de um estado cuja alíquota interestadual é 7%, destinado a um estado cuja alíquota interna seja 17%, e a mercadoria esteja classificada no item 1 (a chamada LISTA NEGATIVA), o MVA correspondente é de 49,08% e assim, a base de cálculo a ser aplicada para efeitos de substituição tributária, é de R\$149,08. Ainda, para efeitos explicativos, em qualquer produto regrado pelo Convênio, a base de cálculo a ser aplicada em verdade não difere, seja calculada por MVA, seja por PMC indicado nas tabelas da ABCFARMA ou ANVISA. Isto porque, o fabricante quando divulga para estes órgãos o preço sugerido como preço máximo a consumidor (PMC), o faz exatamente aplicando a margem de valor agregado (MVA) previstas nas disposições da cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94.

Assim, no caso acima citado como exemplo, se um preço fábrica (valor cobrado pela indústria à farmácia) é de R\$100,00, o valor calculado pela MVA será R\$149,08, e se for feita uma busca nas supracitadas tabelas, o preço sugerido como PMC também será de R\$149,08, e isto independe de onde a mercadoria é vendida, seja na Bahia, seja no Ceará, seja no Rio Grande do Sul. Tal explicação para esta uniformização de preço em nível nacional, é a razão pela qual as tabelas dos itens 1 e 2 do parágrafo primeiro da cláusula segunda do convênio, variar conforme a alíquota interestadual, a origem do fabricante, e a alíquota do estado de destino. Tomando por exemplo, as modificações das MVA, no caso de origem com alíquota de 7%, que se alteram de 40,93%, para 49,08%, 50,84% e por fim para 52,63%, se o estado de destino tiver alíquota interna respectiva de 12%, 17%, 18% e 19%, de forma que qualquer que seja a alíquota interna de destino, em sendo a origem com alíquota de 7%, o PMC sugerido pelo fabricante e divulgado nas tabelas da ANVISA e ABCFARMA, será exatamente igual ao valor calculado pela MVA variável, ou seja, a carga tributária total será idêntica, não importa o local onde o medicamento seja vendido.

Por fim, repito, o Recorrente só teria alguma razão, se provasse erro em alguns dos preços divulgados, seja pela ANVISA ou ABCFARMA, e utilizado como PMC no cálculo efetuado pelo autuante, trazendo informação direta do fabricante que comprovasse erro efetivo de edição destas tabelas, que são a fonte dos preços aplicados pela SEFAZ, e que em suma, correspondem ao que dita o Convênio ICMS 76/94, que prevê 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 (no caso, ABCFARMA) e, na falta deste preço, o

valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. É absolutamente fantasioso pedir nulidade por conta da base de cálculo ser fornecida por esses órgãos, se há coincidência com a base definida no Convênio.

Quanto ao pedido de redução da multa, este não pode ser atendido nesta Câmara; isto porque, conforme excerto abaixo, este Conselho de Fazenda não tem mais a competência para cancelar ou reduzir multas, seja por descumprimento de obrigações acessórias, seja por descumprimento de obrigação principal, desde alteração da Lei nº 7.014/96, conforme transcrições a seguir.

§ 7º Revogado.

Nota: O § 7º do art. 42 foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19.

Redação originária, efeitos até 12/12/19: “§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.”

§ 8º Revogado.

Nota: O § 8º do art. 42 foi revogado pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Redação originária, efeitos até 14/12/12: “§ 3º Poderá ser proposta ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) a dispensa ou redução de multa concernente a infração de obrigação principal, por eqüidade, conforme o disposto em regulamento.”

Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e mantenho a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281394.0016/17-0, lavrado contra IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA., devendo ser intimado o recorrente para pagar o imposto no valor de R\$129.623,76, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de Julho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS