

PROCESSO - A. I. Nº 276473.0019/20-0
RECORRENTE - IRMÃOS MATTAR E CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6º JJF nº 0181-06/21
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/12/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0304-11/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARMÁCIAS E DROGARIAS. RECOLHIMENTO A MENOS. Cabe observar, que a defesa do Recorrente não apontou nenhum preço utilizado pelo autuante como irregular, e se pauta pela negação da substituição tributária, para que o fisco adote preços praticados nas saídas como se fosse uma operação normal, o que está completamente fora da previsão legal da substituição tributária. Afastada a arguição de nulidade. Negado o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em face de decisão da Primeira Instância deste Conselho de Fazenda, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2020, referente ao lançamento de ICMS no valor de R\$253.851,59, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 07.06.08 – Efetuiu recolhimento a menor de ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural, referente à aquisição de mercadorias, no período de janeiro a dezembro de 2016.

O Recorrente apresentou impugnação ao lançamento às fls. 22 a 36. O autuante prestou informação fiscal fls. 43/49, e a 6ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu, pela PROCEDÊNCIA conforme voto abaixo transcrito:

VOTO

A presente demanda decorre do lançamento do crédito tributário que exige ICMS em função da apuração de diferença de imposto recolhido a menos, haja vista a apuração fiscal de que a Impugnante efetuou a menos o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, exigível em função de aquisições interestaduais de mercadorias para fins do exercício da atividade econômica de farmácia, drogaria ou casa de produto natural. O qual teria ocorrido à vista da inobservância para o cálculo da antecipação tributária dos PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) sugeridos pela ANVISA.

Inicialmente cabe enfrentar a arguição de nulidade do auto de infração que teve espeque na alegação de ausência de motivação do trabalho fiscal por haver entendido a defesa que lhe faltaria requisito essencial da motivação das circunstâncias de fato e de direito que deram azo à sua lavratura.

Em seu âmago o argumento defensivo acima se refere à alegação de que não fora apurado pela Autuante o efetivo valor de venda das mercadorias efetivado no varejo, tendo em vista, conforme destacou, que segundo decisão do STF em julgamento no Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, o contribuinte faz jus à restituição dos valores suportados a mais a título de ICMS/ST sempre que comercializar as mercadorias por valores inferiores à base de cálculo presumida, bem como que o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.519.034/RS, reconheceu a invalidade de exigências de diferenças de ICMS/ST sobre medicamentos, nas hipóteses em que o Fisco, de antemão, já tem ciência de que os preços praticados pelo contribuinte serão inferiores à base de cálculo presumida.

Todavia, a despeito de reconhecer a veracidade das decisões acima delineadas, considero que o lançamento do crédito tributário em tela não padece de nulidade, pois a Autuante procedeu seu levantamento fiscal dentro das estritas letras da lei, e também por considerar que não foi trazida aos autos a efetiva comprovação de que as operações de saídas das mercadorias objeto da autuação foram realizadas com base de cálculo abaixo da presumida, ou seja com preços abaixo dos Preços Máximos ao Consumidor sugeridos pelos fabricantes

conforme constam da tabela da ABCFARMA.

Portanto, preliminarmente, afasto a arguição de nulidade pois verifico que o presente lançamento de crédito tributário está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a infração, a multa e suas respectivas bases legais, evidenciadas de acordo com a infração imputada e demonstrativos detalhados do débito, com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo.

Ainda em sede de preliminar, indefiro o pedido de diligência com esteio no art. 147 do RPAF, haja vista reputar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, e por entender que o RPAF não admite o deferimento de diligências com fins a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

No mérito a Impugnante repetiu os argumentos que embasaram o pedido de nulidade e pelos mesmo motivos não logrou êxito, pois não trouxe aos autos elementos fáticos quanto aos efetivos preços de vendas praticados em suas operações de saídas de mercadorias, fato que fere de morte sua alegação, a vista dos arts. 140 a 143 do RPAF.

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

De maneira que, reputo que as alegações defensivas não detém musculatura jurídica ou fática para mitigarem a exação fiscal em tela, sobretudo, porque este tribunal administrativo, tal qual a atividade de auditoria fiscal tem sua competência vinculada a legislação posta, e considerando que o lançamento do presente crédito tributário trilhou sem desvios as linhas positivadas no ordenamento pátrio, ou seja: § 2º, do art. 23 da Lei 7.014/96, “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” e cláusula 2ª do CONVÊNIO ICMS 76/94 “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.”, reputo não haver mácula no lançamento de crédito tributário em questão.

Cabe também o registro de que as decisões judiciais não alcançam objetivamente o Auto de Infração sob esta demanda, haja vista que versam sobre verificação fática de que os preços praticados no varejo foram inferiores ao constante da tabela da ABCFARMA, elemento probante que não se encontra nos autos.

Passando a tratar do tópico defensivo quanto à abusividade da multa é mister pontuar que falece competência à essa esfera do contencioso administrativo exarar juízo de valor quanto a matéria legal ou constitucional que vá de encontro ao arcabouço da legislação tributária, de maneira que não posso avaliar o pleito sobre a abusividade da multa sobretudo considerando que a infração não foi rechaçada e a tipificação da multa contida em instrumento de lei, se encontra perfeitamente subsumida do ilícito fiscal apurado.

Ademais, a possibilidade de dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontrava prevista no §8º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, foi revogada pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Destarte, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte ingressou com o presente Recurso Voluntário, com os fundamentos a seguir resumidos:

Trata-se a Recorrente, de pessoa jurídica de direito privado, sendo então, pessoa jurídica que se dedica ao varejo de produtos farmacêuticos. A Impugnante foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração – Processo Tributário Administrativo (AI/PTA) nº 276473.0019/20-0, que lhe imputa o suposto recolhimento a menor de ICMS, apurado sob a sistemática da substituição tributária, relativamente aos medicamentos.

Exige-se, no caso em tela, ICMS relativamente ao exercício de 2016, com o acréscimo de juros e multa de mora calculada à razão de 60% (sessenta por cento) do imposto supostamente devido, aplicada com base no art. 42, II, alínea “d”, da Lei Estadual nº 7.014/1996, *in verbis*:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente: (...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares; “

Em valores totais, já com o acréscimo de juros, o crédito tributário exigido na autuação perfaz a quantia de R\$253.851,59 (duzentos e cinquenta e três mil, oitocentos e cinquenta e um reais e cinquenta e nove centavos).

Do exame dos demonstrativos do Auto de Infração, depreende-se que teria sido pretensamente recolhido a menor o ICMS devido a título de substituição tributária sobre medicamentos, à vista da inobservância dos PMC's (Preços Máximos de Venda a Consumidor) coletados junto à ANVISA.

Submetido o feito a julgamento pela il. Junta de Julgamento Fiscal, sobreveio o r. acórdão recorrido, por meio do qual foi julgado procedente o lançamento fiscal.

Na ocasião, os eminentes julgadores da il. Junta de Julgamento Fiscal afastaram a preliminar de nulidade do trabalho fiscal, adotando o entendimento de que o lançamento do crédito tributário estaria revestido das formalidades exigidas na legislação.

Quanto ao mérito, o d. colegiado de origem se pronunciou no sentido de que caberia à Recorrente a prova de que teria praticado preços inferiores ao da pauta fiscal e que a utilização dos preços da CMED-ANVISA seria válida.

Permissa venia ao brilhantismo do il. 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, quer seja pela nulidade do Auto de Infração, quer seja pelo fato de que a Recorrente pratica preços inferiores aos divulgados pela ANVISA, o que, à luz da jurisprudência pátria, torna inexigível o crédito tributário lançado.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO

No que tange à arguição de nulidade do Auto de Infração por ausência de motivação, haja vista que a fiscalização deixou de apurar os preços efetivamente praticados pela Recorrente no varejo, o que seria providência indispensável para a apuração da existência de eventuais diferenças de recolhimento de ICMS/ST, o il. órgão julgador entendeu por bem rejeitar a tese.

Da leitura da r. Decisão recorrida, verifica-se que os ilustres julgadores de origem adotaram o entendimento de que o Auto de Infração teria sido elaborado dentro das estritas letras da lei, e que não teria sido trazida aos autos a efetiva comprovação de que as operações de saídas das mercadorias, objeto da autuação, teriam sido realizadas com base de cálculo abaixo da presumida.

Permissa venia, o r. acórdão recorrido incorreu em equívoco ao mencionar que caberia ao contribuinte, e não ao Fisco, a efetiva comprovação de que as operações de saída teriam sido realizadas por preços inferiores àqueles divulgados pela CMED/ANVISA.

Em primeiro lugar, compete ao Fisco, e não ao contribuinte, comprovar a efetiva ocorrência do fato gerador.

Como visto, o trabalho fiscal ventila exigências de supostas “diferenças” no recolhimento de ICMS/ST sobre medicamentos pela Recorrente, diferenças estas que teriam sido apuradas com o confronto da base de cálculo utilizada pela empresa e os PMC's definidos pela ANVISA.

Não obstante, certo é que a fiscalização apenas jungiu ao trabalho fiscal as bases de cálculo que entendeu corretas, por medicamento, sem, contudo, apurar o efetivo valor de venda das mercadorias pela Recorrente no varejo.

Ou seja, se dentro das operações de entrada autuadas existirem mercadorias que tenham sido vendidas por valores inferiores aos PMC's da ANVISA, a Recorrente não terá que complementar valor algum em favor do Fisco, podendo, até mesmo, fazer jus à restituição de diferenças

suportadas a maior.

Em que pese se tratar de elemento fundamental para a aferição da existência ou não de diferenças a serem recolhidas em favor do Fisco, fato é que a questão foi simplesmente ignorada no trabalho fiscal, evidenciando, à margem de quaisquer dúvidas, a sua falta de fundamentação.

Por via de consequência, ao contrário do que entendeu o r. acórdão recorrido, o caso é de reconhecimento da nulidade, por vício material, do Auto de Infração, o que se espera e requer por meio do provimento do presente Recurso Voluntário.

Em caráter de eventualidade, homenageando-se o princípio da busca pela verdade material, o qual governa o processo administrativo fiscal, imperioso seja o feito baixado em diligência, para que a il. fiscalização tributária estadual apure os valores de venda no varejo pela Recorrente das mercadorias que foram autuadas, a fim de que comprove que não estaria exigindo diferenças de ICMS/ST calculadas sobre montante que exorbita os valores das operações de venda no varejo (base de cálculo definida pelo art. 13, I, da Lcp nº 87/1996).

DO MÉRITO - DIREITO À RESTITUIÇÃO DO ICMS/ST NA HIPÓTESE DE VENDA DE MEDICAMENTOS POR VALORES INFERIORES AOS PMC'S – DA IMPOSSIBILIDADE DE LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO QUANDO A DIFERENÇA DE PREÇOS JÁ É DE CONHECIMENTO DO FISCO

Por sua vez, em relação ao mérito o r. acórdão recorrido enunciou que a Recorrente não teria feito prova de que os preços por ela praticados são inferiores aos PMC's e de que seria válida a utilização da Tabela CMED para fins de determinação da base de cálculo dos medicamentos para fins de substituição tributária.

De plano, cumpre afastar o fundamento contido na r. decisão de 1ª instância de que caberia à Recorrente fazer prova de que os valores por ela praticados no varejo seriam inferiores aos PMC's da Tabela CMED. Com efeito, este ônus não é do contribuinte, mas sim do Fisco, a quem compete apurar a ocorrência do fato gerador.

Não fosse suficiente, como reconhece a própria Decisão recorrida, a Tabela da CMED divulga os preços máximos de comercialização de medicamentos, sendo certo que, no regime de concorrência no mercado, nada mais natural que a Recorrente pratique preços menores do que aqueles fixados pela ANVISA.

A questão assume inquestionável relevo para o caso concreto, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ao RE nº 593.849/MG, proferiu interpretação do disposto no art. 150, § 7º da CF/1988, que estabelece o direito do contribuinte à restituição imediata e preferencial do imposto indevidamente recolhido a título de substituição tributária, para alcançar também as hipóteses em que o valor final de venda seja inferior à base de cálculo presumida.

Seguindo essa trilha, o Col. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.519.034/RS, enfrentou precisamente a controvérsia relativa à exigência de diferenças de ICMS/ST apuradas sobre medicamentos com base nos PMC's divulgados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão vinculado à ANVISA.

Na ocasião, embora tenha sido reconhecida a legitimidade da CMED para definição de PMC's sobre medicamentos, o Col. STJ se posicionou no sentido de que, nos casos em que o Fisco tenha pleno conhecimento de que os valores de venda no varejo são inferiores aos PMC's divulgados pela CMED, não se mostra válida a lavratura de Autos de Infração contra o contribuinte para lhe exigir pretensas diferenças de recolhimento, haja vista que, à luz do precedente obrigatório firmado pelo STF no RE nº 593.849/MG, o contribuinte e não o Fisco é o titular do direito à restituição.

Frise-se, outrossim, que o mesmo entendimento vem sendo adotado pelo Poder Judiciário Estadual em ações movidas pela rede de farmácias Indiana contra o Estado, como se verifica do aresto abaixo transcrito, publicado em junho de 2020:

*“PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Cível
Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 8027993-03.2019.8.05.0000 Órgão Julgador: Primeira Câmara
Cível AGRAVANTE: ESTADO DA BAHIA Advogado(s): AGRAVADO: IRMAOS MATTAR & CIA LTDA*

Advogado(s): VINICIUS DE MATTOS FELICIO ACORDÃO PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. UTILIZAÇÃO DE TABELA CMED. DISCREPÂNCIA DE VALORES. INADEQUAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA TABELA NO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. EXAÇÃO INDEVIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO A QUO. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO. O instituto da substituição tributária está intrinsecamente relacionado à praticabilidade da tributação, ou seja, à facilitação do recolhimento do tributo com o objetivo de racionalizar a tributação e reduzir as possibilidades de inadimplemento. Em regra, a base de cálculo do ICMS é o valor da operação no momento da saída da mercadoria ou o preço do serviço, podendo também ser utilizado o preço ao consumidor final usualmente praticado no mercado em condição de livre concorrência quando se tratar do regime de substituição tributária. Inobstante em princípio não exista óbice à utilização de tabela de valores para fins de cômputo da base de cálculo do ICMS por antecipação, a sua utilização não pode ser de forma indiscriminada de forma a descaracterizar a base de cálculo prevista legalmente para o ICMS, ou seja, a tabela de preços não pode se distanciar do valor efetivo da mercadoria/serviço. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que comprovada a exação em valor discrepante daquele praticado no mercado, o próprio critério utilizado mostra-se ilegal, sob o fundamento de que o modo de raciocinar tipificante na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. In casu, a CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos atua regulando preços de medicamentos no mercado, de forma que a sua tabela tomada como parâmetro se propõe a trazer preços/reajustes máximos, a denotar que de fato impõe ao contribuinte calcular a base de cálculo sobre valor máximo do produto que não necessariamente corresponde à realidade obtida através da venda ao consumidor. No caso dos autos, o próprio Fisco ao destacar que o valor da venda foi inferior ao quanto supostamente devido, ou seja, que o valor da venda da mercadoria foi inferior à da tabela da CMED tida por parâmetro, corrobora com as alegações do contribuinte de discrepância entre tais valores, a denotar contornos de ilegalidade na utilização do critério adotado e, por via de consequência, na cobrança, justificando o improvimento do recurso com a manutenção da decisão recorrida. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 8027993-03.2019.8.05.0000 em que figura como agravante o ESTADO DA BAHIA e agravado IRMAOS MATTAR & CIA LTDA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão, pelas razões adiante alinhadas.” (TJBA. Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 8027993-03.2019.8.05.0000, Relator(a): MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JÚNIOR, Publicado em: 25/06/2020)

Sendo assim, à luz das razões aqui deduzidas, deve ser provido o presente recurso, a fim de que seja reformado o r. acórdão recorrido, desconstituindo-se as exigências fiscais vertidas no Auto de Infração.

Quanto à arguição de caráter confiscatório da multa aplicada, limitou-se o d. órgão julgador a afirmar que não deteria competência para a análise deste fundamento defensivo, já que o órgão não poderia emitir juízo de valor quanto à legalidade ou constitucionalidade de dispositivo de lei.

Constatada a exigência, cumpre destacar que as multas impostas desafiam os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade ao contrário do que considerou o r. acórdão recorrido. Senão vejamos:

Consoante cediço, fato é que as multas exigidas majoram as pretendidas obrigações principais em cerca de nada menos que 60% (SESSENTA POR CENTO), revelando-se, neste prisma, mais do que gravosas.

Mais do que isso: é evidente, pois, que a referida multa não observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo por demais EXCESSIVA.

Desta feita, resta inegável o fato de que a multa imputada à Recorrente representa violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e do não confisco, sendo, portanto, devido o cancelamento do gravame ou, quando menos, a redução das imposições punitivas se, por absurdo, forem mantidas as obrigações principais veiculadas no AI/PTA.

Ex positis, por tudo quanto alegado e demonstrado, espera e requer a Recorrente de V.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 o feito baixado em diligência, para que a il. fiscalização tributária estadual apure os valores de venda no varejo pela Recorrente das mercadorias que foram autuadas, a fim de que comprove que não estaria exigindo diferenças de ICMS/ST calculadas sobre montante que exorbita os valores das operações de venda no varejo (base de cálculo definida pelo art. 13, I da LCP nº 87/1996);
- seja determinado o cancelamento ou, no mínimo, a substancial redução da multa aplicada, uma vez que atentatória aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não-confisco.

Nestes termos pede provimento.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário decorrente de lançamento de ofício, em que se constatou recolhimento a menor do imposto devido por antecipação tributária na comercialização de medicamentos pelo Recorrente.

Conforme consta no demonstrativo analítico, de fls. 9 a 17, porém, impressas parcialmente, já que todo o demonstrativo se encontra em CD anexo, em que se verifica que foi feito o cálculo mediante utilização do Preço Máximo ao Consumidor, ou na sua ausência, da Margem de Valor Agregado.

Pede inicialmente pela nulidade. Alega que os preços praticados pelo autuante não têm comprovação de que são os preços efetivamente realizados pela Recorrente no varejo. Alega que em julgamento extraordinário do STF Nº 593.849/MG, o contribuinte faz jus à restituição dos valores suportados a maior a título de ICMS ST.

Contudo, não está a se julgar aqui, pedido administrativo de restituição, mas tão somente o pagamento por substituição tributária, que por óbvio se dá por uma antecipação dos fatos geradores e para isto, é estabelecido um preço referência. Se por acaso, os preços forem praticados em valores inferiores, nada o impede de pleitear a devolução do valor cobrado como excedente, pois é um exercício do direito de petição. Assim, denego o pedido de nulidade.

A seguir, pede por diligência em busca da verdade material, para que se apure os valores de venda a varejo das mercadorias autuadas. Como expressado já no parágrafo anterior, não cabe tal pedido de averiguação, pois não está a se tratar aqui de ICMS NORMAL, com imposto debitado pelas saídas, mas por ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, instituto que antecipa o imposto com base num preço presumido de venda em momento futuro. Negado o pedido de diligência.

No mérito, arguiu que a CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos), divulga preços máximos de comercialização, mas com a concorrência, pratica preços mais baixos que os fixados pela ANVISA.

Importa ressaltar, que os preços não são “fixados” nem pela ANVISA nem pela CMED. A tabela CMED divulga os preços de todos os medicamentos que possuem registro na ANVISA, contendo o preço fábrica e o preço ao consumidor. Os preços máximos a consumidor final são publicados a partir da informação dos próprios fabricantes.

Trouxe diversos julgamentos do poder judiciário em prol da sua defesa, de que não pode se aplicar um preço fixado para fins de substituição tributária, sob pena de se devolver o ICMS pago a maior. Pelos argumentos, o Recorrente se insurge contra a substituição tributária, e requer uma tributação normal, com preços praticados na saída e não os fixados como base de cálculo para substituição tributária.

Verificando a informação fiscal, o autuante diz que o lançamento foi feito com base na lista fornecida pela ABCFARMA, com preços máximos a consumidor final. A adoção de tais preços como referência, consta inclusive na LC 87/96, no artigo abaixo transcrito:

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

II - da saída subsequente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

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

Os preços máximos ao consumidor final nela divulgados, são meras reproduções dos preços recomendados pelas indústrias, conforme parágrafo 3º do art. 8º da LC 87/96, e que são fielmente reproduzidos na Revista ABCFARMA, para 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, verbis: “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 preçopor 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 escoreta 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)

AGRAVO 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)

Diz ainda o recorrente, que a questão assume inquestionável relevo para o caso concreto, na medida em que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ao RE nº 593.849/MG, proferiu interpretação do disposto no art. 150, § 7º, da CF/1988, que estabelece o direito do contribuinte à restituição imediata e preferencial do imposto indevidamente recolhido a título de substituição

tributária, para alcançar também as hipóteses em que o valor final de venda seja inferior à base de cálculo presumida

Vejamos o que diz a ementa RE nº 593.849/MG, conforme abaixo reproduzido:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851.

1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva (grifo acrescido), à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.

...”

Considerando que os fatos geradores aqui discutidos, ocorreram pela entrada, e o cálculo deve ser feito de forma antecipada às saídas, obedecendo-se às regras de substituição tributária, a ementa acima deixa claro que o direito à restituição não inviabiliza o pagamento pela regra da substituição tributária.

Se o recorrente praticou preços inferiores aos cobrados pela substituição tributária, deverá peticionar à administração fazendária, fazendo provas dos preços praticados, e não pedir em processo administrativo, que o fisco já antecipadamente, compense imposto pago a menos na antecipação, por ter alegadamente vendido por preços inferiores, e, diga-se de passagem, sem sequer trazer um único documento probatório.

Por fim, cabe observar que a defesa do Recorrente não apontou nenhum preço utilizado pelo autuante como irregular, e se pauta pela negação da substituição tributária, para que o fisco adote preços praticados na saída, como se fosse uma operação de apuração normal do imposto, o que está completamente fora da previsão legal da substituição tributária.

Quanto à multa que considera exorbitante, que alega deveria ser da ordem de 30% e não 60%, está fora da competência deste Conselho de Fazenda julgar eventuais exorbitâncias e inconstitucionalidades, sendo oportuno observar, que à fl. 3, consta redução de multa de 90% para pagamento integral do débito antes do prazo para impugnação, e a seguir, em escala decrescente pelas fases do processo 70% e 35%, e por fim, 25% antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário, o que demonstra que a alegação de exorbitância não procede, já que inclusive resulta em valores inferiores ao pedido de redução de 30% feita no Recurso Voluntário.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DISCORDANTE (Quanto ao PMC – Tabela ABCFARMA)

Com todo o respeito ao ilustre Conselheiro Relator, divirjo do entendimento manifestado quanto ao Recurso Voluntário, em relação à legalidade da utilização da Tabela da ABCFARMA como fonte do PMC.

A matéria não é nova, já tendo esta Câmara se pronunciado sobre a questão em diversas oportunidades, que tiveram como objeto Auto de Infração lavrado pela mesma infração, destacando-se, por exemplo, o Acórdão CJF nº 0163-11/20-VD.

Naquela oportunidade, o Ilmo. Conselheiro José Rosivaldo Evangelista Rios proferiu voto discordante, cujo teor transcrevo na íntegra:

“VOTO DISCORDANTE

Trata o presente processo de imputação à Recorrente do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

INFRAÇÃO 1 – 07.06.08:

Efetuou recolhimento a menor de ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa

de produto natural, referente à aquisição de mercadorias.

Acatando o decidido pela Junta Julgadora, o ilustre Relator, após negar provimento ao Recurso de Ofício, negou, também provimento ao Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente, do qual permito-me discordar pelas razões que alinho.

*O estabelecimento de preços dos medicamentos é uma prerrogativa da **CMED CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS** nos termos da Lei nº 10.742/2003, que assim estabelece:*

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.

À CMED foi dado como função, destacada na Lei acima referida:

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

I - definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos; II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;

III - definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do art. 7º;

Usando desta prerrogativa legal, a CMED estabelece a forma de calcular o preço máximo de venda dos medicamentos, que não se confunde com a Tabela ABCFARMA, onde determina o que deve compor tal preço, sendo a última Resolução a de nº 01/2020, abaixo transcrita:

RESOLUÇÃO Nº 1, DE 1º DE JUNHO DE 2020

Dispõe sobre a forma de definição do Preço Fabricante (PF) e do Preço Máximo ao Consumidor (PMC) dos medicamentos em 31 de maio de 2020, estabelece a forma de apresentação do Relatório de Comercialização à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, disciplina a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e define as margens de comercialização para esses produtos.

O SECRETÁRIO EXECUTIVO, SUBSTITUTO, faz saber que o CONSELHO DE MINISTROS da CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS, no uso das competências que lhe conferem os incisos I, II, X e XIII do artigo 6º da Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003 e o inciso I do artigo 4º do Decreto nº 4.766, de 26 de junho de 2003, em obediência ao disposto no artigo 4º, caput parágrafos 1º a 8º da Lei nº 10.742, de 2003, e no Decreto nº 4.937, de 29 de dezembro de 2003, e considerando:

A Resolução CMED nº 1, de 23 de fevereiro de 2015, retificada pela Resolução CMED nº 5, de 12 de novembro de 2015, que estabelece os critérios de composição de fatores para o ajuste de preços de medicamentos;

O Comunicado CMED nº 08, de 27 de novembro de 2019, que definiu, para o ano de 2020, o Fator de Produtividade (Fator X) em 1,98% (um inteiro e noventa e oito centésimos por cento);

O Comunicado CMED nº 09, de 19 de dezembro de 2019, que divulgou o índice de concentração de mercado por subclasse terapêutica para o estabelecimento dos três níveis do Fator Z a serem utilizados no ajuste de preços de 2020;

O Comunicado CMED nº 01, de 05 de março de 2020, que definiu, para o ano de 2020, o Fator de Ajuste de Preços Relativos Entre Setores (Fator Y) em 1,20% (um inteiro e vinte centésimos por cento);

A publicação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 11 de março de 2020, acumulando um percentual de 4,01% (quatro inteiros e um centésimo por cento) no período compreendido entre março de 2019 e fevereiro de 2020;

A publicação da Medida Provisória nº 933, de 31 de março de 2020, que suspendeu pelo prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de sua publicação, o ajuste anual de preços de medicamentos para o ano de 2020; deliberou expedir a seguinte Resolução:

Art. 1º As empresas produtoras de medicamentos poderão ajustar os preços de seus medicamentos em 31 de maio de 2020, nos termos desta Resolução.

Parágrafo único. O ajuste de preços de medicamentos, de que trata o caput deste artigo, terá como referência o mais recente Preço Fabricante (PF) publicado na lista de preços constante da página da CMED no Portal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa): <http://portal.anvisa.gov.br>.

Art. 4º O Preço Máximo ao Consumidor (PMC) será obtido por meio da divisão do Preço Fabricante (PF) pelos fatores constantes da tabela abaixo, observadas as cargas tributárias do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte

Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) praticadas nos Estados de destino e a incidência da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), conforme o disposto na Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000.

ICMS	Lista Positiva	Lista Negativa	Lista Neutra
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
20%	0,723358	0,751296	0,744613

Art. 5º As unidades produtoras e as de comércio atacadista ou intermediário de medicamentos repassarão, obrigatoriamente, às unidades varejistas, a diferença de alíquota de ICMS entre o estado de origem e o de destino, bem como colocarão os produtos CIF no destinatário.

Art. 7º As unidades de comércio varejista deverão manter à disposição dos consumidores e dos órgãos de proteção e defesa do consumidor as listas dos preços de medicamentos atualizadas, calculados nos termos desta Resolução.

Parágrafo único. A divulgação do PMC, de que trata o caput deste artigo, deverá contemplar os diferentes preços decorrentes da incidência das cargas tributárias de ICMS praticadas nos estados de destino.

Como se pode ver, em momento algum, é dito na legislação que a tabela da ABCFARMA seria a base de cálculo para a Substituição Tributária dos produtos objeto do processo em lide.

Ao contrário, certificada, correta e legitimidade é a Tabela adotada pela CMED, que atende ao determinado pela Lei Complementar 87/96, que claramente disciplina:

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

- I em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;
- II em relação às operações ou prestações subsequêntes, 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 subsequêntes.(...)

§ 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.”

É de bom alvitre identificar o que venha a ser a ABCFARMA.

Para termos uma definição fidedigna, buscamos no site mantido na internet pela entidade, que assim se define:

QUAL O SIGNIFICADO DE ABCFARMA

O seu significado está claramente definido no Artigo 1º dos seus Estatutos que assim estabelece:

Art.1 - A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO COMÉRCIO FARMACÊUTICO - ABCFARMA - é uma entidade civil, de fins não lucrativos, constituída na cidade do Rio de Janeiro - RJ, em 30 de outubro de 1959, para a prática de estudos, coordenação, informação, proteção e representação da categoria econômica do comércio de medicamentos, produtos farmacêuticos e correlatos, bem como de seus integrantes, tendo sede em São Paulo/SP, à Rua Santa Isabel, 160 - 5º andar - cj 51 - Vila Buarque, e base territorial em todo o País.

Claramente está identificada a Associação como sendo **uma entidade civil** destacando-se dentre seus objetivos a **proteção e representação da categoria econômica do comércio de medicamentos, produtos farmacêuticos e correlatos**.

Pelo que se auto define, em hipótese alguma pode a ABCFARMA ser considerada **ÓRGÃO PÚBLICO**, e, como tal sem a prerrogativa de atender ao que dispõe a Lei Complementar 87/96 no seu artigo 8º.

Dentre os serviços que presta a seus associados, saliente-se que só tem este direito aqueles que estão em dias com o pagamento das taxas associativas, está o fornecimento da REVISTA ABCFARMA, editada mensalmente, privativo, como se entende, dos seus associados, restando claro que contribuintes que a ela não se associem ficam marginalizados de relação ao conhecimento dos preços que ela sugere.

Ainda no sítio da referida entidade na internet fomos buscar a função da REVISTA ABCFARMA, e lá encontramos o que ela define como sua função, abaixo transcrito:

QUAL A FUNÇÃO DA REVISTA ABCFARMA?

A REVISTA ABCFARMA é editada mensalmente com distribuição em todo o território nacional e oferece, entre outras matérias, as informações mais atualizadas do setor, constituindo-se na mais confiável e segura fonte de consultas, tanto da imprensa em geral e autoridades como de todos os envolvidos com o segmento farmacêutico. Constitui-se também fonte completa de informações sobre preços de medicamentos e de reportagens sobre saúde com alguns dos melhores consultores do país.

Diante do que a própria entidade afirma não se encontra entre as funções da Revista ABCFARMA o estabelecimento ou determinação de preços sobre os quais deva ser cobrado o ICMS Substituição Tributária.

Analizando a legislação do ICMS do Estado da Bahia encontra-se o que a Lei nº 7.014/97 estabelece como preços a serem considerados para o cálculo do ICMS, no artigo 23, como abaixo:

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

(...)

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, 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**.”*

Pelo que se sabe a ABCFARMA não está enquadrada nem como FABRICANTE, nem como IMPORTADOR, portanto incompetente para definir o que é competência da CMED e para atender o quanto disposto na Lei nº 7.014/96.

Como se vê, inovando e até mesmo contrariando o disposto na LC 87/96, a norma baiana exclui ÓRGÃO PÚBLICO, mas, também, não autoriza a utilização da Tabela da ABCFARMA como base para o cálculo da ST.

Entendo que desejar imputar à Recorrente uma tabela que não tem qualquer amparo legal como determinante de obrigação tributária é querer desmerecer a própria legislação, no caso a Lei nº 7.014/96.

Caso não fosse para ser atendida à própria legislação o legislador baiano não incluiria no RICMS, no Anexo de ST a categoria MEDICAMENTOS. Será que a legislação foi estabelecida para não ser atendida, ou somente quando convier à interpretação do julgador?

Como bem afirma a Recorrente, ao considerar o papel da ABCFARMA e sua relação com postulados tributários tem-se:

*Repita-se então que, não estando a ABCFARMA no rol de **LEGITIMADOS TIPICAMENTE AUTORIZADOS** à fixação/sugestão da base de cálculo do ICMS/ST (art. 23, II, § 3º, da Lei nº 7.014/96), **por se tratar de associação privada de comerciantes farmacêuticos, afigura-se ilegal a utilização da tabela de preços máximos de venda a consumidor da sobredita associação privada para os fins da apuração do ICMS/ST, haja vista a violação ao princípio da tipicidade tributária ou tipicidade fechada** (reserva absoluta de lei formal).*

A pretensão do Fisco baiano, além de contrariar sua própria legislação vai de encontro ao determinado pelo Código Tributário Nacional no artigo 97, além da própria Constituição Federal no artigo 150.

Em realidade, nenhum dispositivo legal ampara a utilização da Tabela da ABCFARMA como passível de determinar base de cálculo da Substituição Tributária ou qualquer outra exigência tributária.

Vejamos o que determina o RICMS/BAHIA de 2012:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento

...

§ 10. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador

I automóveis;

II cigarros, cigarrilhas, charutos e fumos industrializados;

III medicamentos, exceto em relação aos medicamentos que possuam preço único ou máximo

estabelecido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), cujo valor será a base de cálculo da substituição tributária, nos termos do § 2º do art. 23 da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996;

Ora, com todo o respeito ao autuante, à Junta Julgadora e ao ilustre relator do presente processo, nenhum amparo lhes cabe ao tentar impor cobrança do ICMS ST sobre medicamentos com base na malfadada Tabela da ABCFARMA, “vendida a associados da entidade”, ao menos que se deseje entregar a uma entidade qualquer a prerrogativa exclusiva da Assembleia Legislativa, haja vista não ter sido a Lei nº 7.014/96, até o momento, alterada para atendimento ao desejo manifestado pelos representantes do Fisco.

Desta forma, convicto da irregularidade na aplicação de uma tabela editada por uma entidade privada para estabelecer base de cálculo de tributo, prerrogativa de Lei, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente e julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração em lide.”

Apesar de não ter prevalecido este entendimento naquele julgamento, entendo que é a posição mais acertada diante do caso concreto, motivo pelo qual, me alinho à conclusão.

Ora, não há em qualquer lugar da legislação tributária vigente, dispositivo legal que autorize, especifique, oriente e/ou sugira a aplicação da denominada “Tabela ABCFARMA”, que como bem destacado no voto acima transcrito, é uma entidade de natureza privada, que não exerce a fabricação ou importação dos produtos tributados, e muito menos tem como sua finalidade a fixação de preços capazes de funcionar como parâmetro para a exigência tributária pretendida.

Trata-se de entidade da categoria econômica do comércio, que claramente não se confunde com o FABRICANTE ou IMPORTADOR, como exige expressamente a norma. Além disso, é importante destacar que a lista publicada pela ABCFARMA não pode ser confundida sequer com aquela elaborada pela CMED, uma vez que esta somente lhe serve de referência, conforme se compreende das informações contidas em seu sítio eletrônico (<https://site.abcfarma.org.br/precos-de-medicamentos/>).

Assim, com o devido respeito ao Relator, não vislumbro legitimidade na autuação, cuja base de cálculo considerada é obtida em tabela elaborada e comercializada por entidade privada do comércio, em desacordo com a legislação vigente.

Consequentemente, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** ao Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **276473.0019/20-0**, lavrado contra **IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$253.851,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Ildemar José Landin, Laís de Carvalho Silva, Evalda de Brito Gonçalves, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Anderson Ítalo Pereira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

ANDERSON ÍTALO PEREIRA - VOTO DISCORDANTE

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS