

| | |
|------------|--|
| PROCESSO | - A. I. N° 281071.0003/21-7 |
| RECORRENTE | - RAIA DROGASIL S/A. |
| RECORRIDA | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSO | - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0218-03/21-VD |
| ORIGEM | - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO |
| PUBLICAÇÃO | - INTERNET: 20/11/21023 |

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0314-11/23-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Considerando o cálculo da substituição tributária ser feito com base nos preços sugeridos pelos fabricantes publicados em listagens que são disponibilizadas para consultas sempre que necessário. A revisão proferida pelo autuante, através de diligência solicitada, tendo exame analítico de todos os itens de produto, confrontando os dados apresentados pela autuada com os valores apurados na fiscalização, e revisão dos valores de PMC, divulgados pela ABC Farma foram mantidos os valores lançados como débitos e não contestados pelo contribuinte, manutenção de valores para os quais foram confirmados, os valores do PMC e a exatidão dos cálculos, exclusão de alguns itens de produto, para os quais foram acatadas as alegações da Autuada, a exclusão referente a duplicidade de lançamentos nos demonstrativos de apuração originais, tendo sido registrados valores repetidos. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0218-03/21-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2021, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 198.419,86 pelo cometimento de 01 infração nos períodos de Janeiro a Dezembro/2019 conforme descrito abaixo.

Infração 01 – 007.001.002: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação ou no exterior, nos meses de janeiro a dezembro de 2019.

O autuado apresentou impugnação (Fls. 85 a 96), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 169 a 172), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª JJF que após análise julgou Procedente, nos seguintes termos:

VOTO

Observo que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante e em documentos, conforme fls. 27 a 76 do PAF, e foram fornecidas ao defendente, cópias dos mencionados demonstrativos (recibo à fl. 77). Não foi identificado qualquer prejuízo ao defendente, a irregularidade apurada foi descrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo

ao levantamento fiscal. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a dezembro de 2019.

Em relação às operações com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devem ser observadas as alterações da legislação no curso do tempo, especialmente as regras consubstanciadas em Convênios ou Protocolos, bem como, no RICMS/BA, para fins de atribuição da chamada responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

No demonstrativo elaborado pelo autuante constam os dados relativos a cada item, número de cada nota fiscal, data de emissão, data de entrada, PRODUTO, CÁLCULO DO CONTRIBUINTE (base de cálculo e ICMS ST antecipado); BASE DE CÁLCULO ST (cálculo antecipação - Fisco), ICMS ST FISCO (PMC OU 16% VL. PRODUTO), ICMS ST ANTECIPADO A MENOR (valor devido).

Conforme esclarecimentos do Autuante, o uso do PMC pela fiscalização para o cálculo dos valores devidos de ICMS ST teve como fundamento legal o art. 289, § 10, inciso III do RICMS-BA/2012, Decreto nº 13.780/2012 (abaixo reproduzido), combinado com o disposto no Convênio 234/17, Cláusula Terceira, caput e § 2º, bem como, a Cláusula Quarta. Foram considerados os benefícios de redução de base de cálculo do ICMS ST em 28,53%, bem como, a apuração alternativa do imposto no percentual de 16% do valor de aquisição, não podendo ser inferior a 3% do PMC, tudo conforme Decreto 11.872/2009, o que se observa no demonstrativo elaborado do Autuante (fls. 27 a 76 do PAF).

Art. 289

...
§ 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:

...
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;

Decreto Nº 11872 DE 04/12/2009

Dispõe sobre regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário efetuadas por distribuidor de medicamentos localizado neste Estado.

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

§ 1º - O detentor do regime especial de tributação previsto no caput reduzirá a base de cálculo da antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes em 28,53% (vinte e oito inteiros e cinquenta e três centésimos por cento), vedada a fruição de qualquer outra redução, ainda que prevista em convênio ou protocolo. (Redação do parágrafo dada pelo Decreto Nº 16738 DE 20/05/2016).

§ 2º Em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 16% (dezesseis por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, sendo que, o valor a ser recolhido não deverá ser inferior a 3% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor. (Redação do parágrafo dada pelo Decreto Nº 15807 DE 30/12/2014).

§ 3º A redução de base de cálculo prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo não se aplica nas operações de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, exceto nas transferências da indústria para filial atacadista cuja redução será aplicada na saída subsequente

Observo que este CONSEF vem reiteradamente decidindo que em relação a medicamentos, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é o preço determinado pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta desse preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. De maneira acertada, o preposto fiscal utilizou os preços máximos de venda a consumidor constantes da tabela publicada pela ABCFARMA, fornecida a esta Secretaria da

Fazenda do Estado da Bahia.

O Defendente afirmou que recolheu ICMS a mais, porque o produto encontra-se liberado ou sem preço indicado em revista especializada e que alguns produtos se encontram classificados como liberado.

Na informação fiscal, foi esclarecido que “Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz”. “Preço Fábrica é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento, já incorrendo em todos os custos de comercialização”.

Também foi informado que a CMED esclarece o significado do conceito de “Liberado” para os medicamentos constantes de sua lista de preços máximos, como por exemplo no documento divulgado em 22/05/2017: “Liberado – Produtos Liberados dos critérios de estabelecimento ou ajuste de preço (Resolução CMED no. 05, de 9 de outubro de 2003). Apenas o Preço Fábrica encontra-se liberado, devendo o Preço Máximo ao Consumidor atender às margens previstas no Art. 4º da Resolução no. 04, de 12 de março de 2015”. (fonte: site da ANVISA; grifos nossos).

Saliento que de acordo com o § 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”. Já o e § 3º deste mesmo artigo prevê que “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”. Assim, no caso de medicamentos, o cálculo da substituição tributária é feito com base nos preços sugeridos pelos fabricantes publicados em listagens, a exemplo daquelas publicadas pela GUIAFARMA e ABCFARMA, tendo em vista que as citadas listagens estão disponíveis e são utilizadas para as consultas de preços que forem necessárias. Portanto, em relação ao preço a consumidor, constante nas mencionadas revistas o defendente demonstrou ter conhecimento das referidas revistas, embora tenha discordado dos valores na sua aplicação pelo Fisco.

Na informação fiscal, o Autuante esclareceu que os PMCs utilizados pela fiscalização foram os divulgados pela ABCFARMA para os períodos referentes às datas das Notas Fiscais. Para a identificação dos preços máximos ao consumidor, correspondentes a cada item das notas fiscais, foi gerado um banco de dados com as informações registradas em tais documentos e, posteriormente, foi realizado um cruzamento de dados, em que os produtos foram vinculados ao seu respectivo PMC tendo como base as informações contidas no código de barras expresso na nota fiscal eletrônica e nos arquivos enviados pela ABCFARMA à Secretaria da Fazenda da Bahia com os preços divulgados ao público em geral.

Foram identificadas divergências entre os cálculos do Fisco e aqueles apresentados pelo estabelecimento, que correspondem a antecipação a menos do ICMS ST. As divergências foram detectadas nas operações com Produtos Farmacêuticos e decorreram basicamente de dois fatos:

- a) erro na determinação da base de cálculo do ICMS ST antecipado mediante o emprego da MVA ajustada, quando na realidade existia Preço Máximo ao Consumidor – PMC para os produtos considerados, divulgados pela Revista da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – ABCFARMA, e;
- b) erro na determinação da base de cálculo do ICMS ST antecipado mediante uso do PMC diverso daquele contido na Tabela da Revista ABCFARMA vigente na data de entrada do produto no estabelecimento.

Vale ressaltar, que à fl. 175 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal prestada pelo autuante, constando como data de ciência e de leitura 12/07/2021, e a informação de que “poderá manifestar-se, querendo, no prazo máximo de 10 (dez) dias a contar da data do recebimento desta...”. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

As planilhas apresentadas pela Defesa indicam os dados correspondentes ao PERÍODO, OCORRÊNCIAS, QUANTIDADES DE ITENS, ICMS COBRADO, RECÁLCULO (valor da diferença apurada pelo Contribuinte). Os mencionados elementos são insuficientes para comprovar as alegações defensivas, considerando que a comprovação referente ao cálculo do imposto, com base nas tabelas publicadas nas revistas, a exemplo da ABCFARMA, deve conter, analiticamente, para cada nota fiscal relacionada, produto por produto, a base de cálculo utilizada para fins de antecipação tributária, (de acordo com o preço máximo de venda a consumidor final publicado na Revista), e ainda, o quantum recolhido pelo estabelecimento, especificamente em cada operação, para, ao final, informar se há diferença do imposto devido segundo o critério estabelecido na legislação.

Acolho as conclusões e demonstrativos do Autuante, considerando que, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, relativamente à exigência do ICMS referente à antecipação tributária recolhido a menos, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 197 a 214) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Inicialmente pede pela Nulidade do Auto de Infração, tendo em vista decisões não fundamentadas, citando os Art. 18, inciso II, Art. 153, 155 e 164 do RPAF/BA em função de invalidade da exigência propriamente dita, caráter confiscatório da multa e impossibilidade de aplicação de juros sobre multa, razões estas que não foram apreciadas pelos julgadores de piso.

Diz que os julgadores informaram em relatório que quando da realização da diligência, a Recorrente teria sido intimada para manifestação e permanecido inerte, mas que neste ponto, a diligência fiscal sequer pode ser considerada, visto que não foi analisado o trabalho elaborado pela Recorrente para comprovar a invalidade das cobranças, sob a simplória alegação de que o DVD apresentado estaria danificado, situação que poderia ter sido resolvida, se por acaso tivesse sido contactada.

Alega a recorrente que atendeu a intimação e encaminhou, via correios, a anexa manifestação, por meio da qual reiterou a disponibilidade da mídia digital e de link com acesso aos mesmos documentos, solicitando a agente fiscal a complementação de suas informações e consequente reabertura de prazo para manifestação sobre tais informações.

Diz que a legislação é clara ao prescrever o dever de as questões suscitadas pelas partes serem devidamente julgadas e como visto, estas razões não foram analisadas, não tendo sido devidamente verificado o trabalho do contribuinte para rechaçar as cobranças, violando assim o Art. 164, III e consequentemente o Art. 18, III do RPAF/BA.

No mérito, diz que é centro de distribuição, que recebe mercadorias de outros estados e a transfere às filiais estabelecidas neste Estado e em outras unidades da federação. Ao receber as mercadorias, promove a apuração e o recolhimento do ICMS por antecipação. Diz que ao analisar os apontamentos fiscais, constatou que a autuação exige tributo indevido, sendo certo que em muitas situações a Recorrente recolheu, em verdade, valores maiores que o devido.

Diz que analisar as planilhas acostadas aos autos, com menção às chaves de acesso, demonstração item por item, constatou as seguintes situações:

- i) A recorrente recolheu tributo a maior, por ter usado PMC incorreto;
- ii) Recolheu ICMS a maior, pois o produto encontra-se liberado ou sem preço indicado em revista especializada;
- iii) A autuação exige tributo incorreto, visto que divergente a base de cálculo por ela utilizada do PMC publicado na revista Guia da Farmácia;
- iv) A autuação considerou valores de PMC distinto daqueles previstos nas publicações especializadas denominadas Guia da Farmácia;
- v) Produtos que se encontram classificados como liberado, e
- vi) Produtos que não conta com PMC no Guia da Farmácia.

A recorrente indica em seu Recurso Voluntário, uma transcrição de um demonstrativo que segundo ela foi anexado na defesa inicial, com a totalização de cada incorreção verificada, demonstrando que em vez de restarem pendentes os pagamentos exigidos na autuação, não apenas recolheu o ICMS devido, como acabou realizando pagamento a maior.

Diz que anexa novamente a mídia a fim de ser analisada para que a autuação seja cancelada.

Pede ainda que na hipótese de ser reconhecida a nulidade do julgamento recorrido, o que se admite apenas para fim de argumentação, a multa aplicada fere o princípio do “não confisco” previsto na Constituição Federal uma vez que a multa de 50% aplicada viola o Art. 150, inciso IV e

os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

E se isso não fosse suficiente, sendo a multa uma pena pecuniária imposta ao contribuinte pelo órgão competente, em proveito da Fazenda Pública em casos de descumprimento da legislação vigente, não pode sobre ela incidir juros, que também possuem natureza punitiva, sob pena de ser o contribuinte duplamente penalizado, o que, evidentemente não poderá prevalecer.

Com base nas razões apresentadas pela Recorrente, considerando que existe uma planilha anexada aos autos, com nível de detalhe, conforme informado em seu Recurso Voluntário, em sede de julgamento, na sessão realizada em 26/10/2022, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, decidiram remeter os autos em diligência à INFRAZ De Origem (Fls. 231/232), a fim de que fossem adotados os procedimentos a seguir:

Pelo Autuante:

- a) Analisasse as razões apresentadas pela Recorrente, apresentadas em mídia anexada ao processo, e que em eventuais dificuldades para abertura da mídia, que entrasse em contato com a autuada ou então acessasse as informações disponíveis no endereço <https://www.dropbox.com/scl/fo/xflre2wi233jekp7mo2ea/h?dl=0&rlkey=0pc0b49lchg5psvw8nmvmnk02>, conforme informado no Recurso Voluntário, a fim de verificar se assiste razão aos argumentos apresentados.
- b) Atendida as solicitações, a INFRAZ intimar o Autuado, entregando cópia dos documentos gerados pela diligência, contra recibo e concedesse o prazo de **10 (dez)** dias, para que se manifestasse, se assim desejasse.

Em atendimento a diligência (Fls. 237 a 244) considerando as razões apresentadas pela Recorrente o autuante assim se manifestou:

Foram analisadas as informações contidas nos arquivos apresentados pela autuada em seu recurso voluntário acostado às fls. 221 e 224 do presente processo. No arquivo “Doc.5.XLS” constam as justificativas apresentadas pela autuada para seu pedido de exclusão dos valores cobrados pelo Fisco, referentes ao ICMS ST antecipado a menor, em 713 itens de mercadoria.

Porém, na autuação original haviam sido identificados valores de ICMS ST antecipado a menor em 1574 itens de produtos, conforme detalhamento nos demonstrativos acostados ao Auto de Infração (Anexos 1 e 2, fls. 26 a 76). Portanto, as alegações da autuada, em seu recurso voluntário, não contemplam a totalidade dos valores objeto do lançamento, mas somente parte do montante cobrado neste Processo.

Não obstante, procedemos ao exame analítico de todos os itens de produto, confrontando os dados apresentados pela autuada no seu arquivo “Doc.5.XLS” com os valores apurados na fiscalização, além de revisarmos todos os valores de PMC - Preço Máximo ao Consumidor, conforme divulgados pela ABC Farma – Associação Brasileira de Comércio Farmacêutico, e encaminhados periodicamente por essa entidade à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Como resultado dos trabalhos referentes a esta diligência, temos:

- 1 - A manutenção dos valores lançados como débitos e não contestados pelo contribuinte;
- 2 - A manutenção de valores para os quais foram confirmados, na diligência, os valores do PMC e a exatidão dos cálculos;
- 3 - A exclusão de alguns itens de produto, para os quais foram acatadas as alegações da Autuada;
- 4 - A exclusão do montante de R\$ 1.028,15 referente a duplicidade de lançamentos nos demonstrativos de apuração originais (anexos 1 e 2), tendo sido registrados valores repetidos para o produto “43867 - HIDROCL 25MG MEG 30'S”.

Anexamos ao presente processo o arquivo “demo_final.XLS”, referente a nova planilha (“Demonstrativo de Apuração do ICMS ST antecipado a menor, após revisão”), em que são identificados, detalhadamente, para cada um dos itens de produto, as alegações da autuada, e nossas respectivas considerações. O demonstrativo segue impresso e acostado ao presente processo, juntamente com cópia digital em DVD, sendo encaminhado também para o contribuinte através do Sistema DTE – Domicílio Tributário Eletrônico.

Concluindo, acatamos em parte as alegações do contribuinte, para os itens identificados no demonstrativo supracitado, razão pela qual o demonstrativo de débito deste Auto de Infração deverá ser alterado como se segue:

| Período | Valor do débito revisado |
|------------|--------------------------|
| 31/01/2019 | 6.502,00 |

| | |
|--------------|-------------------|
| 28/02/2019 | 4.032,38 |
| 31/03/2019 | 17.708,30 |
| 30/04/2019 | 67.472,18 |
| 31/05/2019 | 10.162,15 |
| 30/06/2019 | 7.435,55 |
| 31/07/2019 | 7.312,37 |
| 31/08/2019 | 11.661,82 |
| 30/09/2019 | 9.929,91 |
| 31/10/2019 | 2.291,78 |
| 30/11/2019 | 12.197,51 |
| 31/12/2019 | 7.556,17 |
| Total | 164.262,12 |

Diante do exposto, opinamos pelo julgamento do presente PAF 281071.0003/21-7 como parcialmente procedente, devendo seu valor ser modificado para R\$ 164.262,12 (cento e sessenta e quatro mil, duzentos e sessenta e dois reais e doze centavos), submetendo este entendimento à douta análise deste Egrégio Conselho.

O contribuinte, após tomar conhecimento da diligência, se manifestou (Fls. 252/253)

Diz que o agente concluiu pela manutenção dos itens 1 e 2, apontando suposta identidade entre os valores do PMC empregados na autuação e aqueles divulgados na Tabela ABCFARMA. Ocorre que, como indicado pela Recorrente em sua defesa, por exemplo, o produto da Nota Fiscal nº 124143 é liberado do PMC, na forma do Guia de Farmácia divulgado em 01/2021, período objeto da autuação.

Na prática, a fim de afastar a alegação a defesa e manter a autuação, o ilustre agente, aponta que deveria ser empregado o PMC da Tabela ABCFARMA, mas como indicado na defesa, esta mercadoria encontrava-se “liberada” do uso do PMC, ou seja, não poderia ser empregado o PMC no cálculo do ICMS devido para esta mercadoria, de forma que deveria avaliar a tributação realizada pelo contribuinte.

E diante do prazo exíguo de apenas 10 dias para análise dos apontamentos do autuante em sede de diligência, requer prorrogação do prazo para 30 dias, de forma que possa analisar nos pormenores os fundamentos utilizados pelo fiscal para manter a autuação.

Considerando o pedido da Recorrente e com o intuito da mais ampla verdade material, novamente este CJF, com base nas razões apresentadas pela Recorrente, considerando que existe uma planilha anexada aos autos pós diligência e com nível de detalhe (com razões do autuado e autuante), em sede de julgamento, na sessão realizada em 26/07/2023, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, decidiram remeter os autos à DIREF/GECON, a fim de que sejam respondidos os seguintes questionamentos:

- 1) *As mercadorias elencadas no auto de infração e apontadas pela Recorrente como “liberadas do uso do PMC” de fato estavam nesta condição à época dos fatos geradores (Fl. 245)?*
- 2) *Estando as mercadorias na condição de “liberadas do uso do PMC”, qual a base de cálculo deverá ser utilizada para apuração para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária? O PMC sugerido ou o preço de compra acrescido do MVA?*

A DIREF respondeu a diligência às fls. 269/270 na qual respondeu:

“A própria lista de medicamentos da CMED já responde esta questão nas notas na apresentação da referida lista abaixo literalmente transcritas:

Em referência aos medicamentos liberados, é importante ressaltar que apenas o preço de fábrica encontra-se liberado, devendo o preço máximo ao consumidor atender às margens previstas no art. 4º da Resolução nº 01, de 26 de março de 2019”, ano da época dos fatos geradores.

A nota 8 da Lista de Medicamentos da CMED diz:

“O campo regime de preço destina-se a prestar informações sobre medicamentos regulados e os liberados dos critérios de estabelecimentos e ajuste de PF, mas sujeito ao monitoramento do PMC, nos termos da Resolução CMED nº 02, de 02 de março de 2019”.

Ainda em suas notas a CMED esclarece o que é PMC:

“Esta lista apresenta, ainda, o preço máximo ao consumidor (PMC), que é o preço a ser praticado pelo

comércio varejista de medicamentos, ou seja, farmácias, e drogarias, tendo em vista que este contempla tanto a margem de lucro como os impostos inerentes a esses tipos de comércio”.

Diz que “Resumidamente: não existe medicamento sem PMC... a liberação se dá apenas em relação ao preço de fábrica do laboratório liberado dos critérios de estabelecimento e ajuste do referido preço, que ocorre no mês de março de cada ano.

Por fim cita o Art. 4º da Resolução CMED nº 01/2019, que define a metodologia para a obtenção do PMC a partir do preço de fábrica e que foi adotado o cálculo da MVA prevista no Anexo I do RICMS/BA.

E chega à seguinte conclusão: “*Diante do exposto, entendemos que NÃO EXISTE MEDICAMENTO LIBERADO DO USO DO PMC (Preço Máximo de Venda ao Consumidor), a liberação em relação a alguns medicamentos é apenas em relação ao Preço Fábrica, estando, portanto, respondidas as questões 1 e 2 da presente diligência*”.

Atendidas as solicitações da diligência, o processo foi encaminhado ao CONSEF, para julgamento.

VOTO

O presente Recurso Voluntário foi proferido em razão da decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal - Acórdão nº 0218-03/21-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2021, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 198.419,86 pelo recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação ou no exterior, nos meses de janeiro a dezembro de 2019.

Inicialmente a recorrente pede pela Nulidade do Auto de Infração, tendo em vista decisões não fundamentadas, citando os Arts. 18, inciso II, 153, 155 e 164 do RPAF/BA em função de invalidade da exigência propriamente dita, caráter confiscatório da multa e impossibilidade de aplicação de juros sobre multa, razões estas que não foram apreciadas pelos julgadores de piso.

Porém, verifica-se que o autuado entendeu os cálculos, se defendeu tanto na impugnação quanto no Recurso Voluntário. O processo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Portanto, Nulidade rejeitada.

Analizando o mérito, no qual diz que ao analisar os apontamentos fiscais, constatou que a autuação exige tributo indevido, sendo certo que em muitas situações a Recorrente recolheu, em verdade, valores maiores que o devido, tendo acostado aos autos planilhas, com menção às chaves de acesso, demonstração item por item.

A fim de atender as razões apresentadas pela Recorrente, este conselho remeteu os autos em diligência, na qual foi constatada que assistia razão parcial, conforme já demonstrado no relatório e às fls. 236 a 244.

A base de cálculo para cálculo da substituição tributária de medicamentos está prevista no RICMS/BA, Art. 289, § 10, inciso III, combinado com o disposto no Convênio ICMS 234/17, Cláusula Terceira, caput e § 2º, bem como, a Cláusula Quarta. Com aplicação dos benefícios de redução de base de cálculo do ICMS ST em 28,53%, bem como, a apuração alternativa do imposto no percentual de 16% do valor de aquisição, não podendo ser inferior a 3% do PMC, tudo conforme Decreto nº 11.872/2009, cujos trechos seguem abaixo transcritos:

RICMS/BA

...
Art. 289

...
§ 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:

...
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;

Decreto Nº 11872 DE 04/12/2009

Dispõe sobre regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário efetuadas por distribuidor de medicamentos localizado neste Estado.

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

§ 1º - O detentor do regime especial de tributação previsto no caput reduzirá a base de cálculo da antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes em 28,53% (vinte e oito inteiros e cinquenta e três centésimos por cento), vedada a fruição de qualquer outra redução, ainda que prevista em convênio ou protocolo. (Redação do parágrafo dada pelo Decreto Nº 16738 DE 20/05/2016).

§ 2º Em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 16% (dezesseis por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, sendo que, o valor a ser recolhido não deverá ser inferior a 3% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor. (Redação do parágrafo dada pelo Decreto Nº 15807 DE 30/12/2014).

§ 3º A redução de base de cálculo prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo não se aplica nas operações de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, exceto nas transferências da indústria para filial atacadista cuja redução será aplicada na saída subsequente

A jurisprudência deste CONSEF vem decidindo que em relação a medicamentos, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é o preço determinado pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta desse preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, utilizando os preços máximos de venda a consumidor constantes da tabela publicada pela ABCFARMA.

Na hipótese de mercadoria ou serviço cujo preço final seja fixado por órgão competente, o § 2º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96 traz a disposição a respeito: “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 o § 3º deste mesmo artigo prevê que “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”.

Considerando o caso de medicamentos, o cálculo da substituição tributária é feito com base nos preços sugeridos pelos fabricantes publicados em listagens, a exemplo daquelas publicadas pela GUIAFARMA e ABCFARMA, que são disponibilizadas para consultas sempre que necessário.

Após revisão, pelo autuante, através do exame analítico de todos os itens de produto, confrontando os dados apresentados pela autuada no seu arquivo “Doc.5.XLS” com os valores apurados na fiscalização, e revisão dos valores de PMC, divulgados pela ABC Farma foram mantidos os valores lançados como débitos e não contestados pelo contribuinte; manutenção de valores para os quais foram confirmados, na diligência, os valores do PMC e a exatidão dos cálculos; exclusão de alguns itens de produto, para os quais foram acatadas as alegações da Autuada; a exclusão do montante de R\$ 1.028,15 referente a duplicidade de lançamentos nos demonstrativos de apuração originais (anexos 1 e 2), tendo sido registrados valores repetidos para o produto “43867 - HIDROCL 25MG MEG 30’S”.

Desta forma, considerando tudo o quanto exposto e com base nas informações contidas na diligência realizada (Fls. 264 a 266) entendo que os valores devem ser revistos para aqueles apontados pelo autuante em diligência às fls. 236 a 244, conforme demonstrativo abaixo:

| Período | Valor do débito revisado |
|--------------|--------------------------|
| 31/01/2019 | 6.502,00 |
| 28/02/2019 | 4.032,38 |
| 31/03/2019 | 17.708,30 |
| 30/04/2019 | 67.472,18 |
| 31/05/2019 | 10.162,15 |
| 30/06/2019 | 7.435,55 |
| 31/07/2019 | 7.312,37 |
| 31/08/2019 | 11.661,82 |
| 30/09/2019 | 9.929,91 |
| 31/10/2019 | 2.291,78 |
| 30/11/2019 | 12.197,51 |
| 31/12/2019 | 7.556,17 |
| Total | 164.262,12 |

Quanto a multa aplicada, esclareço que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é a legalmente prevista para a irregularidade apurada, e como já mencionado pela JJF, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade ou não aplicabilidade da legislação estadual, nos termos do inciso I, art. 167 do RPAF-BA/99.

Por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281071.0003/21-7, lavrado contra **RAIA DROGASIL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 164.262,12, 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, 25 de Outubro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS