

A. I. Nº - 281071.0001/23-0
AUTUADO - IMIFARMA PRODUTOS FARMACÊUTICOS E COSMÉTIOS S.A.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/03/2024

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0045-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. SUSBTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTIDADAS A CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Caracterizado que o procedimento do autuante, para efeito de determinação do PMC, considerou a tabela de preços divulgadas pela revista ABCFARMA, enquanto que, nas situações onde não existiam PMC o imposto foi calculado com base na MVA conforme previsão na Cláusula décima primeira, inciso III do Convênio ICMS nº 234/2017. Efetuadas correções nos cálculos relacionadas a alguns itens da autuação. Não acolhidos os argumentos de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração sob análise teve sua expedição ocorrida em 31/03/2023 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 51.035,21, relativamente aos exercícios de 2021 e 2022, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte imputação: **Infração 01 - 008.015.002:** “Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia”.

Consta, a título de descrição dos fatos, o que segue: “A autuada apresenta como atividade econômica principal o comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano (CNAE4644301). Localizada no estado do Ceará, é inscrita no cadastro da SEFAZ/BA como “SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO”, data de inclusão 24/04/2018, sendo credenciada para antecipação tributária, nos termos do art. 8º. Inciso VII da Lei 7.014/96, autorizada por Termo de Acordo a ficar como “responsável como contribuinte substituto tributário pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes, ou à entrada para uso ou consumo, com medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano e higiene pessoal, relacionados no Anexo 1 do RICMS/BA, Decreto 13.780/12, destinados a contribuintes localizados neste Estado”. Nos exercícios fiscalizados a autuada efetuou operações de transferências para diversas filiais varejistas localizadas no território baiano, procedendo à apuração do ICMS ST relativo a tais operações, informando os montantes apurados nas GIA-ST mensais e realizando os recolhimentos correspondentes, conforme amostras desses documentos anexas ao PAF. A auditoria foi realizada com base nas informações contidas nas Notas Fiscais Eletrônicas referentes às saídas interestaduais de mercadorias efetuadas pelo contribuinte com destino ao Estado da Bahia, bem como nas informações registradas nos arquivos GIA-ST, DAEs e outras constantes nas bases de dados da Sefaz-Ba, além de informações fornecidas pela empresa. Foi detectada a retenção a menor do ICMS ST nos valores retidos em diversas Notas Fiscais de saídas, quando confrontados com os valores calculados pela Fiscalização, representando erro na determinação da base de cálculo do imposto, acarretando a lavratura do presente Auto de Infração, para fins de cobrança das diferenças apuradas. Consta em anexo o Demonstrativo de Apuração do ICMS ST retido a menor, para cada mês do exercício fiscalizado, tendo sido

impressos a anexados ao presente Auto de Infração as primeiras e últimas páginas do demonstrativo, em função da grande quantidade de folhas, sendo que seu conteúdo integral encontra-se gravado em CD anexo ao PAF. O citado Demonstrativo de Apuração do ICMS ST retido a menor foi entregue ao contribuinte por meio digital através do Sistema DTE - Domicílio Tributário Eletrônico”.

O autuado, por intermédio de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 48 a 71, destacando a tempestividade da peça defensiva e apresentando uma descrição dos fatos contidos na autuação.

No mérito, passou a arguir a correta utilização da base de cálculo para fins de recolhimento do ICMS-ST envolvendo medicamentos e sobre a impossibilidade de utilização do PMC.

Neste sentido pontuou que a legislação prevê a aplicação da sistemática de ST do ICMS para o cálculo e recolhimento do imposto sobre os produtos farmacêuticos que comercializa, cujas mercadorias remetidas a este Estado se encontram sujeitas ao recolhimento antecipado do imposto, cujo referido cálculo e recolhimento antecipado deve ter como referência os princípios fixados pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional para a ST, para que a tributação seja a mais próxima da que seria efetivamente devida na venda realizada para consumidor final da cadeia.

Entretanto, ao seu entender, o autuante, com base em entendimento equivocado de que a lista de “tetos” fixada pela CMED (PMC CMED) para fins regulatórios representaria uma “fixação” de preços para a venda de medicamentos aos consumidores, considerou que o referido valor deveria ser utilizado como base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, gerando, assim o Auto de Infração em lide.

Sustentou que a CMED não fixa ou sugere preços, mas apenas estipula em caráter regulatório os limites máximos de valores para a comercialização de medicamentos, enquanto que, diante da insegurança jurídica que tal posicionamento implica, as Entidades integrantes de todos os elos da cadeia de fornecimento de medicamentos formalizaram questionamentos à CMED objetivando obter confirmação da metodologia de controle e regulação de preços, cuja resposta da lavra da Secretaria Executiva da CMED, ocorreu através da Orientação Interpretativa nº 2, de 21 de junho de 2017, Doc. 04, cujo teor transcreveu.

Neste sentido disse que a referida orientação confirma que os “tetos” fixados pelo CMED possuem caráter apenas regulatório e não representam indicação, orientação ou sugestão de valores de mercado para a venda de medicamentos e, portanto, não são aplicáveis para fins de cálculo do imposto, tendo a referida orientação concluído que a venda de medicamentos deve respeitar, cumulativamente, o teto regulatório e a lista de preços sugerida pelos fabricantes e divulgadas em revistas especializadas de grande circulação.

Diante deste cenário, disse que como referência para apuração do imposto a ser recolhido a título de ST, historicamente e praticamente em todo o território nacional, as empresas do setor de medicamentos utilizam as listas de preços sugeridos pelos fabricantes que são divulgadas nas Revistas Especializadas (ABC Farma, BRASÍNDICE, Guia da Farmácia, etc.), ou, ainda, a margem de valor agregada aplicada ao setor.

Desta forma, sustentou que fica claro, diante da Orientação interpretativa e das Resoluções que disse estarem citada, os “tetos” divulgados pela CMED (PMC CMED) nunca poderiam ser utilizados como referência para a tributação de medicamentos, tal como ocorrido na presente autuação, acrescentando outros argumentos no sentido de confirmar que *“os preços constantes das listas da CMED não devem ser utilizados para fins de substituição do ICMS”*, pois referidas listas não representam o preço médio de mercado e foram constituídos tão somente para fins regulatórios, citando e transcrevendo, para respaldar seus argumentos, decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça – STJ, neste sentido.

No tópico seguinte passou a sustentar *“violação à sistemática da substituição tributária”*.

destacando que depois da intensificação da fabricação e comercialização dos medicamentos “genéricos” e “similares” e o consequente incremento da concorrência no setor farmacêutico, a lista de tetos fixados para fins regulatórios pela CMED, como regra, não corresponde ao valor pelo qual é vendido ao consumidor final, razão pela qual a CMED obriga e fiscaliza os fabricantes de medicamentos e promove a divulgação mensal da lista com a sugestão dos preços que devem ser utilizados como referência para fins de mercado.

Adiante mencionou que, conforme já mencionado, a própria CMED é enfática ao manifestar o entendimento de que os preços constantes das listas CMED não devem ser utilizados para fins de substituição tributária do ICMS, pois referidas listas não representam o preço médio de mercado e foram constituídas tão somente para fins regulatórios, não podendo a regra da substituição tributária ser desvirtuada de forma a gerar uma tributação superior à efetivamente devida na cadeia de circulação, estando, assim, ao seu entender, completamente indevida a exigência em questão.

Passou, em seguida, a arguir a nulidade do auto de infração em razão de incorreções constantes nas planilhas elaboradas pelo autuante, citando que foi aplicado indevidamente o PMC sobre alguns produtos em razão de: *i*) aplicou PMC sobre produtos que não constam na lista da CMED, sendo que, para tais hipóteses deveriam ser aplicada a MVA; *ii*) aplicou o PMC sobre produtos que constam na lista CMED como “liberados”, sendo que em tais hipóteses não há a obrigatoriedade do uso do PMC, sendo cabível o cálculo do ICMS-ST via MVA; *iii*) em relação aos produtos onde o PMC é obrigatório, fez o regular recolhimento do cálculo utilizando a referida metodologia. Citou exemplos, fls. 61 e 62.

Citou, também, que a aplicação do PMC sobre produtos que constam na lista da CMED como “liberados”, também se mostra incorreta por ensejar tributação superior ao montante efetivamente devido, uma vez que não é obrigatória a adoção do preço PMC para fins de cálculo do ICMS-ST, sendo cabível a utilização da MVA para tanto, passando a citar exemplos pontuais, fls. 63 e 64.

Naquilo que concerne aos demais produtos que constam na lista CMED como “regulados”, objetos da autuação, disse que utilizou o PMC respectivo, conforme exemplo que indicou, relacionado ao medicamento “Maxidex”, inexistindo, assim, ao seu argumento, razão para a exigência tributária.

Acrescentou que em relação aos produtos classificados como “regulados” pela lista CMED, o autuante não fundamentou o porquê existiria a diferença apurada, simplesmente apontando a diferença, o que por si só já macula o trabalho fiscal.

Ante aos argumentos acima delineados, disse que se verifica completa improcedência da acusação fiscal em razão da insubsistência da autuação, em razão de:

I – utilizou indevidamente o PMC como base de cálculo de produtos que não estão elencados na lista elaborada pela CMED;

II - utilizou indevidamente o PMC como base de cálculo de produtos que embora estejam referenciados na lista elaborada pela CMED, são classificados como “liberados”, e, em teias hipóteses, é cabível a utilização da MVA para fins de apuração da base de cálculo do ICMS-ST;

III – para produtos referenciados na lista elaborada pela CMED como “regulados”, aplicou o valor relativo ao PMC, recolhendo o tributo tomando por termo a referida base de cálculo;

IV – ainda para os produtos referenciados na lista elaborada pela CMED como “regulados”, o autuante não aponta qual o fundamento que o levou concluir pelas supostas diferenças de valores recolhidos, e tampouco indica de onde partiram os valores indicados a título de PMC.

No tópico seguinte arguiu a nulidade do Auto de Infração por ausência de fundamentação em relação às diferenças apuradas no tocante aos produtos onde foi reconhecida pelo autuante a aplicação da MVA, condição esta que lhe impede de exercer de maneira válida e eficaz seu direito de defesa em relação a este ponto, reportando-se ao art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA para

sustentar o pedido de nulidade.

Adiante, suscitou aplicação incorreta da MVA em relação aos produtos classificados sob o CEST 13.005.02, onde foi utilizado o percentual de 51,72%, contudo, para os períodos de 2021 e 2022, a MVA aplicável para este CEST nas operações interestaduais com alíquota de 12% é no percentual de 48,36%, requerendo o cancelamento das exigências relacionadas a este item.

Em conclusão requereu a procedência da presente Impugnação para que seja reconhecida a nulidade do auto de infração face a insubsistência do trabalho fiscal, ou, subsidiariamente, que seja ao menos reconhecida a nulidade das exigências em relação às diferenças de ICMS-ST em relação aos produtos onde foi utilizada apenas a MVA.

Caso não seja este o entendimento, requereu o cancelamento integral do auto de infração, com a consequente extinção das exigências, em razão de utilização de PMC ou subsidiariamente ao menos sejam excluídas as diferenças de ICMS-ST apuradas em relação aos produtos que: *i*) não constam na lista CMED; *ii*) embora constem na lista CMED são classificados como “liberados”, vez que é perfeitamente possível a aplicação apenas da MVA; *iii*) constam na lista CMED como “regulados”, haja vista que utilizou o PMC indicado na referida lista, enquanto o autuante não indicou em que consistiriam as diferenças apuradas.

Ao final requereu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e que as intimações relativas ao presente feito sejam expedidas exclusivamente em nome do Patrono que indicou, sob pena de nulidade.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 200 a 205, efetuando inicialmente uma síntese da autuação e dos argumentos defensivos, passando, em seguida, a apresentar sua contestação a tais argumentos.

Preliminarmente, ressaltou que o Demonstrativo de Débito por Nota Fiscal / Item de Produto, acostado ao PAF, e entregue ao autuado em meio digital, contém todas as informações necessárias à evidenciação dos fatos, detalhando-se as Notas Fiscais Eletrônicas nas quais se identificam as operações objeto de autuação, apontando-as em situação que chegam ao nível de cada um dos itens de mercadoria.

Esclareceu que a base de cálculo utilizada para se chegar ao valor do ICMS ST devido foi apurada conforme o disposto no *caput* da Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94, e alterações posteriores (Convênio 234/17), ou seja, o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para a venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor – PMC - sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. No caso, a tabela com os valores de PMC publicados na Revista ABCFARMA - Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, reproduzindo as determinações do Convênio 234/2017, que sucedeu o Convênio 76/94, quanto à determinação da base de cálculo dos produtos em questão.

Explicou que durante a realização dos trabalhos de auditoria, para fins de identificação dos preços máximos ao consumidor correspondentes a cada item de produto descrito nas notas fiscais, gerou um banco de dados com as informações registradas em tais documentos, a partir dos arquivos XML das NF emitidas pelo autuado, e posteriormente realizou um cruzamento de dados, em que os produtos foram vinculados ao seu respectivo PMC, tendo como base, principalmente, as informações contidas no código de barras expresso na nota fiscal eletrônica, além de outros dados subsidiários, tais como descrição do produto, composição ou princípio ativo, laboratório fabricante, apresentação, quantidades, etc., vinculação esta realizada de forma automatizada, sendo submetida a análises complementares, para a correta identificação de cada produto e a posterior localização do PMC correspondente, nas tabelas de preços que são regularmente divulgadas pela ABCFARMA e enviadas periodicamente por essa instituição à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Acrescentou que o preço identificado para cada item se encontra na coluna “PMC” do

demonstrativo de cálculo acostado ao PAF, na coluna “S”, e inexistindo PMC para determinado item de produto, utilizou o cálculo do imposto devido mediante a MVA, conforme determina a Cláusula décima primeira, inciso III do Convênio 234/2017.

Desta maneira sustentou que o referido demonstrativo apresenta, em cada uma de suas colunas, as informações relevantes para a perfeita caracterização das operações tributadas e os valores pertinentes: o número da nota fiscal, a data de emissão, a alíquota interna, a descrição do produto, valor e quantidade, base de cálculo e valor do ICMS próprio, valor do PMC, MVA aplicável (quando for o caso), base de cálculo da ST, ICMS ST calculado, ICMS ST retido pelo contribuinte na Nota Fiscal, e diferença a recolher.

Destacou que o presente Auto de Infração foi lavrado em função de ter sido apurado que o autuado reteve a menor o ICMS Substituição Tributária devido em várias operações de saídas para destinatários localizados no Estado da Bahia, enquanto que os demonstrativos apresentam informações de cada Nota Fiscal, item a item, com as alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada, o ICMS-ST encontrado.

Desta maneira enalteceu que no demonstrativo consta, detalhadamente, passo a passo, por coluna, todas as etapas do cálculo do ICMS Substituição Tributária devido, bem como informações de ano, mês e dia, número da nota fiscal, código de barras do produto e alíquota interna e de origem, apresentando todas as informações necessárias para a clareza e compreensão dos cálculos utilizados para a obtenção do resultado.

Disse que descreveu detalhadamente os fatos que foram objeto de autuação, providenciou a anexação dos demonstrativos de débito pertinentes e indicou a relação completa das respectivas notas fiscais que dão respaldo ao lançamento, sendo, portanto, válido o lançamento, pois se encontra revestido de todas as formalidades legais e caracteriza com exatidão o montante do valor do imposto devido pelo contribuinte, não cabendo a alegação de nulidade, já que todas as informações foram levadas ao conhecimento do autuado, assegurando-lhe pleno direito de defesa.

Sobre os pontos assinalados pelo autuado, informou que, tendo como objetivo o pleno esclarecimento dos fatos e a busca pela verdade material, procedeu revisão geral dos valores apurados, em relação aos quais passou a tecer os seguintes comentários, correspondentes à cada uma das alegações do autuado:

a) Teria sido aplicado o PMC sobre produtos que não constam na lista da CMED, sendo que para tais hipóteses deveria ser utilizada a MVA;

Acatou parcialmente as alegações defensivas quanto a este item, para alguns produtos que não apresentam PMC no período fiscalizado. Contudo, confirmou que a grande maioria dos produtos está listada na Tabela ABCFarma, com os respectivos PMC, sendo mantida grande parte da autuação, tendo sido acostado aos autos o “Demonstrativo de Revisão do ICMS-ST Retido a menor”, fls. 206 a 244, no qual consta o resultado da análise para cada produto referido pela autuado em sua peça impugnatória.

b) Teria sido aplicado o PMC sobre produtos que constam na lista da CMED como “liberados”, e nesses casos, argumenta não ser obrigatório uso do PMC, sendo cabível o cálculo do ICMS-ST via MVA;

A este respeito disse que, em seu entendimento, salvo melhor juízo, não procede a alegação do autuado quanto ao uso da MVA para os produtos identificados como “liberados”, pois tais itens não estão desobrigados de observar os Preço Máximo ao Consumidor – PMC. Os itens de produto designados como “liberados” são os medicamentos liberados do monitoramento do **Preço Fabricante (PF)**, tendo anexado ao presente PAF cópias de uma das Revistas ABCFARMA, a título exemplificativo, onde consta tal esclarecimento:

INFORMAÇÕES ADICIONAIS DA LISTA DE PREÇOS DA REVISTA ABCFARMA

Os medicamentos fracionados estão identificados na lista com a palavra **FRACIONADO**

Os medicamentos genéricos estão inseridos na lista identificados com a sigla **(GEN)**

Os medicamentos liberados do monitoramento do Preço Fabricante (**PF**) estão identificados com a sigla **LIBF**

Os medicamentos novos na lista e/ou as novas apresentações estão identificados com o símbolo **(#)**

Pontuou que conforme Orientação Interpretativa nº 02, de 13 de novembro de 2006, expedida pela CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, temos 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; considerando que a Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, que define normas de regulação para o setor farmacêutico e cria a CMED é aplicada às empresas produtoras de medicamentos, bem como às farmácias e drogarias, aos representantes, às DISTRIBUIDORAS DE MEDICAMENTOS e a quaisquer pessoas jurídicas de direito público ou privado que, de alguma maneira, atuem no setor farmacêutico.”

Em qualquer operação de venda efetivada pelas empresas produtoras de medicamentos ou pelas distribuidoras, destinada tanto ao setor público como ao setor privado, deverá ser respeitado, para venda, o limite do Preço Fabricante, uma vez que o Preço Máximo ao Consumidor é o preço máximo permitido na venda de um medicamento no varejo, podendo ser praticado somente pelas farmácias e drogarias.

Assim, o Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias; e o 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, quando o laboratório realiza a comercialização diretamente ao setor varejista; ou concede um desconto em seu preço para que a empresa distribuidora possa cobrir seus custos advindos da distribuição do medicamento ao setor varejista e também pratique o Preço Fábrica.” (fonte: portal.anvisa.gov.br/orientacao-interpretativa-n-02-de-12-de-novembro-de-2006, grifos nossos).

Já a própria 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 23/05/2016:

“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).

Desta forma, disse entender que a liberação se refere somente ao monitoramento do Preço Fábrica, portanto, continuam se aplicando aos medicamentos objeto da presente autuação os valores dos Preços Máximos ao Consumidor, divulgados pela Revista ABCFARMA, e considerados pela Secretaria da Fazenda da Bahia em sua fiscalização habitual, atendendo-se às prescrições legais, no caso aquelas determinadas pelo Convênio ICMS 76/94 e posteriormente pelo Convênio 234/2017.

Acrescentou que seguindo as determinações legais, foram utilizados os valores dos PMC divulgados pela ABCFARMA, para os medicamentos indicados nos demonstrativos de débitos acostados ao presente processo, não cabendo, portanto, as alegações do autuado quanto ao uso da MVA para os produtos em questão.

c) *Em relação aos produtos para quais o PMC é obrigatório (“regulados”) a atuada teria feito o correto recolhimento do imposto, mediante o cálculo utilizando a referida metodologia;*

Neste item disse que acolheu em parte as alegações do autuado, visto que em diversas notas fiscais não constava o código de barras do item de produto, acarretando a necessidade de pesquisa do PMC através de demais elementos do campo de descrição da mercadoria, tendo sido efetuados os ajustes devidos, todos detalhados no já citado Demonstrativo de Revisão

d) *No caso dos produtos regulados, a fiscalização não teria apontado o fundamento que a levara*

a concluir pelas diferenças de ICMS-ST.

No que tange a este item, disse que carece de fundamento tal afirmação, visto que colocou no Demonstrativo de Apuração do ICMS-ST originário do Auto de Infração todos os elementos necessários à determinação dos valores exatos do imposto a ser retido, para cada item de mercadoria, comprovando a exigibilidade dos débitos calculados.

Após as considerações acima, concluiu acolhendo parcialmente as alegações defensivas, em razão do que o Demonstrativo de Débito do presente Auto de Infração deve ser modificado conforme abaixo, pugnando, em consequência, pela Procedência Parcial do Auto de Infração:

| Data Ocorr | Débito Original Auto de Infração | Reduções | Débito Final |
|--------------|-------------------------------------|------------------|------------------|
| 31/01/2021 | 1.443,56 | -614,42 | 829,13 |
| 28/02/2021 | 1.037,10 | -594,46 | 442,63 |
| 31/03/2021 | 1.649,55 | -1.130,83 | 518,72 |
| 30/04/2021 | 1.780,11 | -490,20 | 1.289,91 |
| 31/05/2021 | 2.534,16 | -769,16 | 1.765,00 |
| 30/06/2021 | 2.514,95 | -493,45 | 2.021,51 |
| 31/07/2021 | 2.661,78 | -705,83 | 1.955,95 |
| 31/08/2021 | 3.255,05 | -783,45 | 2.471,60 |
| 30/09/2021 | 2.035,50 | -394,65 | 1.640,85 |
| 31/10/2021 | 2.910,93 | -504,62 | 2.406,31 |
| 30/11/2021 | 785,61 | -220,49 | 565,12 |
| 31/12/2021 | 2.499,52 | -321,08 | 2.178,44 |
| 31/01/2022 | 3.111,78 | -869,68 | 2.242,10 |
| 28/02/2022 | 1.571,90 | -290,71 | 1.281,19 |
| 31/03/2022 | 4.182,22 | 149,64 | 4.331,86 |
| 30/04/2022 | 1.272,09 | -97,68 | 1.174,41 |
| 31/05/2022 | 3.205,80 | -93,19 | 3.112,61 |
| 30/06/2022 | 2.133,68 | -134,45 | 1.999,23 |
| 31/07/2022 | 2.597,00 | -144,56 | 2.452,45 |
| 31/08/2022 | 3.610,96 | -237,98 | 3.372,99 |
| 30/09/2022 | 2.470,72 | -35,65 | 2.435,07 |
| 31/10/2022 | 1.769,86 | -103,14 | 1.666,71 |
| 30/11/2022 | 1,38 | 0,00 | 1,38 |
| TOTAL | 51.035,20 | -8.880,03 | 42.155,17 |

O autuado foi cientificado do inteiro teor da Informação Fiscal, consoante Mensagens DT-e de fls. 247 e 248, entretanto não consta dos presentes autos que tenha ocorrido manifestação por parte do mesmo em relação ao contido nas intimações citadas.

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos está posta nos seguintes termos: *"Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia".*

Foram arguidas nulidades do lançamento, sendo a primeira *"por incorreções nas planilhas de cálculos elaboradas pelo autuante"*. Tal argumento está centrado nas seguintes justificativas: *i)* aplicou PMC sobre produtos que não constam na lista da CMED, sendo que, para tais hipóteses deveriam ser aplicada a MVA; *ii)* aplicou o PMC sobre produtos que constam na lista CMED como "liberados", sendo que em tais hipóteses não há a obrigatoriedade do uso do PMC, sendo cabível o cálculo do ICMS-ST via MVA; *iii)* em relação aos produtos onde o PMC é obrigatório, fez o regular recolhimento do cálculo utilizando a referida metodologia.

A título de segundo argumento de nulidade, foi citado ausência de fundamentação em relação as

diferenças apuradas no tocante aos produtos onde foi reconhecida pelo autuante a aplicação de MVA, e, como terceiro argumento de nulidade, se referiu a aplicação incorreta da MVA em relação aos produtos classificados sob o CEST 13.005.02.

Apesar destes argumentos terem sido apresentados objetivando a nulidade do lançamento, estes serão examinados no bojo do mérito da autuação, posto que, envolvem valores a serem mantidos ou excluídos da autuação, não se refletindo, assim em nulidades que descaracterizariam o lançamento.

Desta maneira, sob o ponto de vista relacionado aos aspectos formais do lançamento, nada vejo que resulte em nulidade do lançamento, posto que, conforme bem assinalado pelo autuante, os demonstrativos que elaborou apresentam informações de cada Nota Fiscal, item a item, com as alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada, o ICMS-ST encontrado. Assim, realmente, os demonstrativos da lavra do autuante indicam, detalhadamente, passo a passo, por coluna, todas as etapas do cálculo do ICMS Substituição Tributária devido, bem como informações de ano, mês e dia, número da nota fiscal, código de barras do produto e alíquota interna e de origem, apresentando todas as informações necessárias para a clareza e compreensão dos cálculos utilizados para a obtenção do resultado, tendo sido, com isso, assegurado ao autuado todos os meios para implementação da ampla defesa, que afinal ocorreu.

Com isso e por considerar que foram atendidos todos os requisitos previstos pelos Arts. 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, ficam ultrapassados os pedidos de nulidade que foram suscitados.

No bojo dos argumentos meritórios apresentados na peça defensiva entendo que estes foram enfrentados de forma satisfatória pelo autuante, os quais, não foram refutados pelo autuado, quando regularmente cientificado mediante as intimações via DT-e de fls. 247 e 248.

Desta forma, no que tangem aos argumentos alusivos a apuração da base de cálculo relacionada a autuação (ICMS-S T) esta atendeu, ao disposto no *caput* do Convênio nº 76/94 e alterações posteriores introduzidas pelo Convênio 234/17, que estabelecem que é o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para a venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor – PMC - sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

No caso em tela foi utilizada a tabela com os valores de PMC publicados na Revista ABCFARMA - Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, reproduzindo as determinações do Convênio 234/2017, que sucede o Convênio 76/94, quanto à determinação da base de cálculo dos produtos em questão:

Cláusula terceira - A legislação da unidade federada de destino poderá definir como base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária o Preço Máximo a Consumidor (PMC), divulgado em revistas especializadas de grande circulação ou fixado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), com ajuste para refletir os preços médios praticados no mercado varejista.

§ 2º As unidades federadas que utilizarem o PMC divulgado em revistas especializadas de grande circulação, conforme previsto em resoluções da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), poderão definir como PMC o divulgado pela CMED na hipótese de as empresas responsáveis pelas publicações especializadas não encaminharem as informações do PMC nos termos do caput da cláusula quarta.

Quanto aos pontos questionados pela defesa, e que se relacionam, a possíveis alterações no *quantum* exigido, vejo que o autuante os enfrentou de forma bastante criteriosa, trazendo argumentos consistentes e que, ao meu entender, devem ser aqui acolhidos, os quais, para fim de facilitação ao entendimento, passo a indica-las, na mesma formatação:

a) *Teria sido aplicado o PMC sobre produtos que não constam na lista da CMED, sendo que para tais hipóteses deveria ser utilizada a MVA;*

Neste tópico, foi acolhida corretamente pelo autuante as alegações defensivas quanto a este item,

para alguns produtos que não apresentam PMC no período fiscalizado. Contudo, confirmou que a grande maioria dos produtos está listada na Tabela ABCFarma, com os respectivos PMC, sendo mantida grande parte da autuação, tendo sido acostado aos autos o “*Demonstrativo de Revisão do ICMS-ST Retido a menor*”, fls. 206 a 244, no qual consta o resultado da análise para cada produto referido pela autuado em sua peça impugnatória, com o qual concordo.

b) *Teria sido aplicado o PMC sobre produtos que constam na lista da CMED como “liberados”, e nesses casos, argumenta não ser obrigatório uso do PMC, sendo cabível o cálculo do ICMS-ST via MVA;*

A este respeito disse que não procede a alegação do autuado quanto ao uso da MVA para os produtos identificados como “*liberados*”, pois tais itens não estão desobrigados de observar os Preço Máximo ao Consumidor – PMC. Os itens de produto designados como “*liberados*” são os medicamentos liberados do monitoramento do **Preço Fabricante (PF)**, tendo anexado ao presente PAF cópias de uma das Revistas ABCFARMA, a título exemplificativo, onde consta tal esclarecimento:

INFORMAÇÕES ADICIONAIS DA LISTA DE PREÇOS DA REVISTA ABCFARMA

Os medicamentos fracionados estão identificados na lista com a palavra **FRACIONADO**

Os medicamentos genéricos estão inseridos na lista identificados com a sigla **(GEN)**

Os medicamentos liberados do monitoramento do Preço Fabricante (**PF**) estão identificados com a sigla **LIBF**

Os medicamentos novos na lista e/ou as novas apresentações estão identificados com o símbolo **(#)**

Acrescentou que conforme Orientação Interpretativa nº 02, de 13 de novembro de 2006, expedida pela CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, temos 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; considerando que a Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, que define normas de regulação para o setor farmacêutico e cria a CMED é aplicada às empresas produtoras de medicamentos, bem como às farmácias e drogarias, aos representantes, às DISTRIBUIDORAS DE MEDICAMENTOS e a quaisquer pessoas jurídicas de direito público ou privado que, de alguma maneira, atuem no setor farmacêutico.”

Em qualquer operação de venda efetivada pelas empresas produtoras de medicamentos ou pelas distribuidoras, destinada tanto ao setor público como ao setor privado, deverá ser respeitado, para venda, o limite do Preço Fabricante, uma vez que o Preço Máximo ao Consumidor é o preço máximo permitido na venda de um medicamento no varejo, podendo ser praticado somente pelas farmácias e drogarias.

Assim, o Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias; e o 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, quando o laboratório realiza a comercialização diretamente ao setor varejista; ou concede um desconto em seu preço para que a empresa distribuidora possa cobrir seus custos advindos da distribuição do medicamento ao setor varejista e também pratique o Preço Fábrica.” (fonte: portal.anvisa.gov.br/orientação-interpretativa-n-02-de-12-de-novembro-de-2006, grifos nossos).

Já a própria 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 23/05/2016:

“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; grifou)

Desta forma, considero correto o entendimento do autuante de que a liberação se refere somente ao monitoramento do Preço Fábrica, portanto, continuam se aplicando aos medicamentos objeto da presente autuação os valores dos Preços Máximos ao Consumidor, divulgados pela Revista

ABCFARMA, e considerados pela Secretaria da Fazenda da Bahia em sua fiscalização habitual, atendendo-se às prescrições legais, no caso aquelas determinadas pelo Convênio ICMS 76/94 e posteriormente pelo Convênio 234/2017.

Acrescentou que seguindo as determinações legais, foram utilizados os valores dos PMC divulgados pela ABCFARMA, para os medicamentos indicados nos demonstrativos de débitos acostados ao presente processo, não cabendo, portanto, as alegações do autuado quanto ao uso da MVA para os produtos em questão, entendimento este que acolho.

c) *Em relação aos produtos para quais o PMC é obrigatório (“regulados”) a atuada teria feito o correto recolhimento do imposto, mediante o cálculo utilizando a referida metodologia;*

Neste item disse que acolheu em parte as alegações do autuado, visto que em diversas notas fiscais não constava o código de barras do item de produto, acarretando a necessidade de pesquisa do PMC através de demais elementos do campo de descrição da mercadoria, tendo sido efetuados os ajustes devidos, todos detalhados no já citado Demonstrativo de Revisão

d) *No caso dos produtos regulados, a fiscalização não teria apontado o fundamento que a levara a concluir pelas diferenças de ICMS-ST.*

No que tange a este item, mais uma vez concordo com o autuante, quando disse que carece de fundamento tal afirmação, visto que foi colocado no Demonstrativo de Apuração do ICMS-ST originário do Auto de Infração todos os elementos necessários à determinação dos valores exatos do imposto a ser retido, para cada item de mercadoria, comprovando a exigibilidade dos débitos calculados, o que se constata da análise nos aludidos demonstrativos.

Isto posto, concordo com os argumentos apresentados pelo autuante em sua contestação, acima citados, e acolho os novos demonstrativos apresentados às fls. 206 a 244, e, com base neles, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$ 42.155,17 na forma indicada à fl. 205.

Finalmente, naquilo que se refere ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário observo que enquanto não definitivamente julgado por este CONSEF esta suspensão se encontra mantida, e, quanto ao pedido para que as intimações relacionadas ao presente feito sejam expedidas exclusivamente ao Patrono indicado, informa que estas ocorrem em observância ao estabelecido pelo Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada impede, que o pleito possa também ser atendido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281071.0001/23-0, lavrado contra **IMIFARMA PRODUTOS FARMACÉUTICOS E COSMÉTICOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 42.155,17**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR