



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 050.313.2012-5

Recurso HIE/CRF Nº 288/2016

RECORRENTE:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSO FISCAIS.

RECORRIDA:EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A.

PREPARADORA:RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.

AUTUANTE:SÉRGIO ANTONIO DE ARRUDA.

RELATORA:CONSª.MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA.

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO NA BASE DE CÁLCULO. RETENÇÃO A MENOR. PREÇO FINAL A CONSUMIDOR SUGERIDO PELO FABRICANTE (DIVULGADO NA REVISTA ABCFARMA) DIVERGÊNCIA ENTRE ESTE E O DA TABELA ORIUNDA DA SAMMEDE. LEGALIDADE DA TABELA DA ABCFARMA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

Não há razão para prosperar a exação fiscal que tem como suporte na acusação de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária incidente sobre medicamentos em virtude de retenção a menor do valor do imposto, por ter sido utilizado, na formação da base de cálculo, o PMC – Preço Médio a Consumidor, constante na revista ABCFARMA, uma vez que se trata de preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, conforme o critério estabelecido na legislação de regência.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros do **Tribunal Pleno** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença prolatada na instância singular, que julgou *improcedente*o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000689/2012-51 (fl. 3), lavrado em 30/4/2012, contra a empresa, EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A., inscrita no CCICMS, sob o nº 16.900.164-4, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente processo administrativo tributário.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22

de junho de 2017.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, PETRÔNIO RODRIGUE LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, AUREA LUCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente), DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#RELATÓRIO

Trata-se de recurso hierárquico interposto contra a decisão monocrática que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000698/2012-51 (fls. 3-7), lavrado em 30/4/2012, onde a autuada, EMPREEDIMENTOS PAGUE MENOS S/A., acima identificada, é acusada da irregularidade que adiante transcrevo, juntamente com a respectiva nota explicativa:

- “ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – PERÍODO A PARTIR DE 28/12/00) -

Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor”

Nota Explicativa – “O contribuinte comercializou, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2011, mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor, em virtude de utilização do PMC para formação da base de cálculo da Substituição Tributária menor do que o da lista de preço sugerido, contrariando a legislação do RICMS/PB, conforme planilha

demonstrativa e lista de preço sugerido em anexo”.

Considerando infringência ao art. 395, c/c os arts. 397, II e 399, II, “a”, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, o agente fazendário procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 5.014.393,61, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R\$ 10.028.787,22, nos termos do art. 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário total de R\$ 15.043.180,83.

Consoante a peça acusatória, o ilícito teria ocorrido nos exercícios de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011.

Documentos instrutórios constam anexados às fls. 8 - 28: Ordem de Serviço Simplificada, demonstrativos (Totalização da Diferença de ICMS-ST a Recolher – exercícios de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011), CD multimídia.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, em 3/5/2012, conforme atesta o comprovante de ciência e entrega da 1ª via do auto infracional, assinado por seu receptor, a autuada apresenta defesa tempestiva (fls. 30 - 44), solicitando a improcedência do auto infracional ou o cancelamento da multa de 200%, ou, ainda, a determinação de um exame pericial/diligência na documentação que julgue necessária, além da que anexa aos autos, para que, diante do correspondente laudo, considere inexistente o ilícito fiscal de que é acusada, em face dos seguintes argumentos:

- ausência de provas tendentes a caracterizar a conduta delitiva que lhe é imputada, visto que os documentos fiscais da empresa não foram examinados com apuro e, assim, a acusação decorreria de presunção do agente fiscal;

- para demonstrar a forma incontestada a fragilidade do levantamento fiscal, destacam-se as situações; erro no enquadramento em decorrência da não observância do fracionamento da unidade de venda – p. ex., o produto GASTROL, cujo PMC fracionado é de R\$ 1,87, enquanto o PMC considerado pelo fiscal foi de R\$ 93,62, resultando em uma diferença de R\$ 91,75, e nessa situação, foi considerado no levantamento fiscal o PMC de uma caixa com 50 envelopes, em vez do PMC de um envelope, que é a efetiva unidade de venda do contribuinte; preço máximo da SAMMED superior ao praticado pelo comércio varejista e oriundo da Revista ABCFARMA, editada periodicamente pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, que não condiz com a realidade do mercado nacional de medicamentos, a exemplo do produto ELIGARD – EAN 7892953000687, que no PMC ABCFARMA custa R\$ 1.900,16, enquanto pelo PMC SAMMED custa R\$ 3.800,32;

- imprescindível no caso, para se chegar à verdade material, a realização de perícia técnica para comprovação da inexistência de falta de recolhimento do ICMS, mediante conferência das notas

fiscais lançadas no livro Registro de Entradas, que se anexa futuramente, bem como por meio de comparativo entre as planilhas do autuante e a realidade do mercado praticado pelas empresas de medicamentos.

- evidencia-se abusividade na multa aplicada, caracterizando total desrespeito ao princípio do não confisco.

Em informação de fls. 47 – 48, o autor do feito observa que:

- “a cláusula segunda do Convênio ICMS nº 76/94 estabelece que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor (PMC) sugerido ao público pelo estabelecimento industrial”.

- “O parágrafo 6º deste diploma informa que o estabelecimento industrial remeterá listas atualizadas dos preços (PMC), podendo ser emitida por meio magnético ao órgão fazendário responsável pela substituição tributária de cada unidade da federação”.

- “Para esta secretaria as informações estão disponibilizadas no site restrito do CONFAZ [...], sendo esta lista de preço (PMC) oficial”.

- “Assim sendo, foi elaborada a planilha demonstrativa dos cálculos do ICMS como base no PMC informado pelo CONFAZ, o qual resultou em diferença de ICMS-ST a recolher, sendo, portanto, lavrado o Auto de Infração nº 9330000.08.09.00000689/2012-51”.

- “... a autuada apresenta em sua peça de defesa a informação de que a fiscalização utilizou a tabela de preço sugerido (PMC) da SAMMED, enquanto a empresa utilizou a tabela de preço da Associação Brasileira de Comércio Farmacêutico – ABCFARMA”.

Após o recolhimento dos valores referentes à diligência solicitada pela autuada (fls. 68 e 69), ocasião em que esta foi promovida pelo auditor fiscal, Ronaldo Bezerra Sereno, que, ao final, apresentou o Laudo Revisional, às fls. 75 – 78, com as seguintes conclusões que transcrevo em fragmentos:

“A presente revisão fiscal teve como principal objetivo esclarecer as divergências apontadas pela defesa que apontou como primeira divergência o ‘Erro no enquadramento em decorrência da não

observância do fracionamento da unidade de venda', ou seja, o auditor não teria levado em consideração os produtos vendidos fracionados e por serem vendidos dessa maneira o PMC deveria ser dividido em função das vendas e foi o que nós efetivamos nessa revisão fiscal".

No período fiscalizado e revisado observamos e retiramos da cobrança da diferença do ICMS Substituição Tributária os valores referentes à venda dos produtos fracionados em que os valores dos PMC estão 2, 3, 4 ou 5 vezes superiores aos praticados nas vendas normais (não fracionadas)..."

"O cerne da questão está na adoção pelo auditor fiscal dos PMC da lista SAMED obtida no site da ANVISA e também disponibilizada pela ATT através do representante do CONFAZ, em nosso Estado, uma vez que a empresa adota em seus cálculos os PMC publicados pela ABCFARMA".

"... o que nós sabemos e pudemos constatar é que nas farmácias os vendedores, quando na venda ao consumidor, apresentam os PMC aos consumidores contidos na Revista da ABCFARMA e que são estes os praticados no mercado".

"E ainda foram retirados do levantamento os produtos que não tinham PMC e que para obtermos a base de cálculo do ICMS Substituição Tributária se utiliza a MVA e após estas correções os valores a serem recolhidos seriam os seguintes:"

"As planilhas levantadas se encontram acostadas ao processo, estas são as nossas considerações para um melhor entendimento à luz da legislação para o julgamento em contendo, caso o entendimento seja a adoção da tabela da ABCFARMA não há o que se cobrar".

Prestada a informação sobre inexistência de antecedentes fiscais da acusada (fl. 49), os autos foram conclusos (fl. 50) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que decidiu pela improcedência do auto de infração, por entender como regular a utilização da tabela de preços a consumidor divulgada pela revista ABCFARMA. Eis a ementa do decisório singular:

"ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR. PREÇO FINAL A CONSUMIDOR SUGERIDO PELO FABRICANTE (DIVULGADO NA REVISTA ABCFARMA). DIVERGÊNCIA ENTRE PREÇOS DIVULGADOS NAS TABELAS ORIUNDAS DA SAMMED E DA ABCFARMA. LEGALIDADE DA TABELA ABCFARMA. CONSEQUÊNCIA. JULGAMENTO IMPROCEDENTE.

O STJ já assentou a legalidade da utilização dos preços indicados na Revista ABCFARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva. Assim, impossível desclassificar os valores oriundos daquela

fonte, razão pela qual é de se decretar a falência da ação fiscal”.

Procedida à interposição de recurso hierárquico (fl. 90), e após notificação da autuada sobre a decisão monocrática (documentos de fls. 91 e 92), sem interposição de recurso voluntário, os autos remetidos a esta Corte Julgadora e distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à decisão da instância “a quo”, que improcedeu o lançamento de ofício versado sobre acusação de falta de recolhimento do ICMS-Substituição Tributária incidente sobre medicamentos, tendo em vista o fato de a autuada, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ter realizado vendas desses produtos com o imposto retido a menor, nos exercícios de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011, entendendo, a respectiva autoridade julgadora, para assim decidir, pela regularidade da utilização dos preços da tabela ABCFARMA, como base de cálculo do ICMS/ST, ao fundamento de que “a base de cálculo presumida – preço sugerido – tem previsão constitucional, é regulada mediante critérios pré-fixados em lei (Lei nº 10.742/03) e é definida com base em custos e margens de comercialização definidas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, conforme se depreende da Resolução nº 02, de 19 de março de 2007, que “dispõe sobre a forma de definição do Preço Fabricante e do Preço Máximo a Consumidor dos medicamentos em 30 de março de 2007, estabelece a forma de apresentação de relatório de Comercialização à Câmara de Resolução do Mercado de Medicamentos – CMED, disciplina a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e define as margens de comercialização para esses produtos”.

Passemos ao exame da questão.

A circulação de medicamentos para uso humano se sujeita ao regime da Substituição Tributária (Conv. ICMS nº 76/94) e a base de cálculo para fins de ST com produtos farmacêuticos está delineada pela Lei Complementar nº 87/96 (art. 8º, § 3º), que, no § 2º do mencionado dispositivo legal, estabelece que, “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”.

Na esteira dessa previsão legal, a Lei 10.742, de 6 de outubro de 2003, “define normas de

regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Resolução do Mercado de Medicamentos – CMED e altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências”, mediante várias previsões normativas dentre as quais destaco as seguintes:

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

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

(...)

II – estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos;

(...)

V – estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica”.

A fim de implementar as políticas de preços, previstas no diploma legal supra, a Resolução nº 4, de 19 de março de 2004, que “dispõe sobre a forma de definição do Preço Fabricante e do Preço Máximo ao Consumidor dos medicamentos, em 31 de março de 2004, estabelece a forma de apresentação de Relatórios de Comercialização à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, disciplina a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e define as margens de comercialização para esses produtos”, prevê o seguinte:

“Art. 6º As empresas produtoras deverão dar ampla publicidade aos preços dos consumidores e dos órgãos de defesa do consumidor as listas dos preços de medicamentos, calculados nos termos desta Resolução”.

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

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

Mais tarde, adveio a Resolução nº 02, de 19 de março de 2007, mantendo os mesmos objetivos da Resolução acima citada, inclusive mantendo nos arts. 6º e 7º a mesma redação retro transcrita.

Com base nesses critérios, previstos nos diplomas legais acima citados, que também autorizam a CMED a fixar, ano a ano, o PMC dos medicamentos (art. 4º, § 7º, da Lei nº 10.742/2003) para ser observado pelo comércio varejista, norteando-se este, para tanto, em publicação voltada especialmente para essa finalidade: proporcionar ao seguimento o conhecimento e a prática dos preços dos produtos.

Nessa linha decisória, também observou a decisão singular, conforme se atesta nos fundamentos da respectiva sentença, segundo os fragmentos que adiante transcrevo:

“Dispõe o art. 8, § 2º da LC 87/96, que, 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, pra fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido”.

“Nesse sentido, os arts. 4º, § 1º e 6º, II da Lei 10.742/2003, bem como os arts. 6º, 7º e 8º da Resolução CMED 04/2004 (vigente à época) autorizam a CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos a fixar, ano a ano, o Preço Máximo a Consumidor (PMC) dos medicamentos, que deverá ser observado pelo comércio varejista, valendo-se este, inclusive, de publicação específica para o mercado do produto, que possibilite dar publicidade aos preços praticados pelos produtores, como a revista ABCFARMA, permitindo, assim, ao Fisco, amparado pelo art. 8º, § 2º da LC 87/96, lance mão desses preços na apuração do ICMS devido na substituição tributária progressiva”.

Considerando essas diretrizes, entendo como razoável e adequado a utilização dos preços dos produtos, divulgados na revista ABCFARMA, na apuração do imposto, não obstante a sua discrepância em relação aos preços constante no site do CONFAZ, pois em razão do fato de ser a mesma, a fonte de divulgação, deveriam apresentar preços idênticos para os mesmos produtos.

Além disso, como bem ressaltou a instância “a quo”, em suas razões de decidir, “labora em favor da autuada o fato de a própria Fiscalização atual, quando dos procedimentos de fiscalização, utilizar exatamente a tabela divulgada na revista ABCFARMA, para proceder aos exames de auditoria”. Isto é, essa é a tabela atualmente utilizada pela própria Fiscalização na apuração do ICMS.

Nestes termos, considerando, ainda, que, mediante o Laudo Revisional, de fls. 75 – 78, a Fiscalização faz observar que não há ICMS a lançar, caso o entendimento seja pela adoção da tabela da ABCFARMA, concluo pela impossibilidade de se manter o lançamento de ofício em tela.

O próprio STJ, em decisório sobre questão relacionada ao ICMS/ST sobre medicamentos, o qual invoco, assim como o fez a instância singular, a fim de proporcionar maior transparência a este decisório, concluiu pela legalidade da utilização dos preços dos medicamentos relacionados na revista ABCFARMA, na composição da base de cálculo do ICMS Substituição Tributária (Resp. 1.192.409/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 1/7/2010).

Cito, ainda, o decisório do STJ, proferido em RMS 24.172/SE, que teve a relatoria do Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10/5/2011, cuja ementa vale a pena transcrever:

“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”.

Desse modo, resta-me tão-somente confirmar a decisão singular que declarou a improcedência do auto de infração.

EX POSITIS,

V O T O – pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença prolatada na instância singular, que julgou *improcedente* Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000689/2012-51 (fl. 3), lavrado em 30/4/2012, contra a empresa, EMPREENDEMENTOS PAGUE MENOS S/A., inscrita no CCICMS, sob o nº 16.900.164-4, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente processo administrativo tributário.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 22 de junho de 2017.

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA LIMA
Conselheira Relatora