



PROCESSO Nº 0110112020-7

ACÓRDÃO Nº 458/2023

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: NAZARIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: JOSÉ NELSON DE OLIVEIRA BARBOSA

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA

Relator do voto divergente: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS CONFIGURADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES.

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 e fixado em TARE.

In casu restou demonstrada a necessidade de observância de precedente já firmado que autoriza a adoção da lista de Preços Médios ao Consumidor fixado pela ABCFARMA que, por resultar em parâmetro mais favorável ao contribuinte, em razão do princípio in dubio pro contribuinte, haveria de ser observado.

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

A C O R D A M À maioria, pelo conhecimento do presente recurso de embargos de declaração, por regular e tempestivo, interposto pela empresa NAZARIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., inscrição estadual nº 16.158.287-7, e, no mérito, pelo seu desprovimento, por ausência de quaisquer requisitos intrínsecos de admissibilidade, mantendo-se, em sua integralidade, o Acórdão 0604/2022, proferido por esta Egrégia Corte Fiscal, que julgou procedente o auto de infração, acompanhando o voto original do Cons.º Lindemberg Roberto de Lima, os Conselheiros (as), José Erielson Almeida do Nascimento



(Suplente), Larissa Meneses de Almeida, Sidney Watson Fagundes da Silva, Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões, Leonardo do Egito Pessoa (Suplente) e José Valdemir da Silva, sendo o voto divergente vencido do Conselheiro Eduardo Silveira Frade.

P.R.I.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de setembro de 2023.

LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, JOSÉ ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO (SUPLENTE), LEONARDO DO EGITO PESSOA (SUPLENTE), LARISSA MENESES DE ALMEIDA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, EDUARDO SILVEIRA FRADE E JOSÉ VALDEMIR DA SILVA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 0110112020-7

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: NAZARIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: JOSÉ NELSON DE OLIVEIRA BARBOSA

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA

Relator do voto divergente: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS CONFIGURADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES.

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 e fixado em TARE.

In casu restou demonstrada a necessidade de observância de precedente já firmado que autoriza a adoção da lista de Preços Médios ao Consumidor fixado pela ABCFARMA que, por resultar em parâmetro mais favorável ao contribuinte, em razão do princípio in dubio pro contribuinte, haveria de ser observado.

RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de embargos de declaração oposto pela empresa NAZARIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., inscrição estadual nº 16.158.287-7, contra a decisão proferida no Acórdão nº 0604/2022, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000035/2020-38, lavrado em 15/1/2020, no qual consta a seguinte acusação:



392 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> O contribuinte omitiu o recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

NOTA EXPLICATIVA: POR FORÇA DO TARE Nº 2008.000154, A EMPRESA, ELEITA SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, PARA FINS DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDO POR OCASIÃO DAS SAÍDAS DE SEU ESTABELECIMENTO COMERCIAL, RECOLHEU ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM VALOR INFERIOR AO DEVIDO, EM RAZÃO DE NÃO TER OBSERVADO AS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO § 1º DA CLÁUSULA SEXTA DO TARE 2008.000154 E, PORTANTO, TER UTILIZADO BASE DE CÁLCULO EM VALOR INFERIOR AO ESTABELECIDO NO DISPOSITIVO LEGAL RETRO MENCIONADO, ESTANDO DEMONSTRADO ATRAVÉS DAS PLANILHAS EM ANEXO, DE APURAÇÃO E DETALHAMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDO, QUE FICAM SENDO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. RESSALTE-SE QUE A EMPRESA FOI NOTIFICADA EM 06/12/2019 (NOTIFICAÇÃO 01000155/2019) PARA RECOLHER A DIFERENÇA APONTADA POR ESTA FISCALIZAÇÃO, PORÉM NÃO EFETUOU O DEVIDO RECOLHIMENTO.

Na instância prima, o julgador fiscal Heitor Collett decidiu pela *procedência* do auto de infração, conforme sentença das fls. 219/226, editando a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDO PELAS SAÍDAS - BASE DE CÁLCULO - INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - DENÚNCIA CARACTERIZADA.

- O contribuinte signatário deve observância às cláusulas do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE – celebrado em igualdade, entre a Empresa beneficiária e a Secretaria de Estado da Fazenda.

- O descumprimento das cláusulas do TARE firmado com a SEFAZ, especificamente sobre a base de cálculo do ICMS-ST, implicam na cobrança do imposto não recolhido oportunamente, na forma prevista no TARE, sem prejuízos das penalidades preceituadas pela Lei nº 6.379/96.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificado da decisão monocrática por meio de no DT-e, com ciência em 22/3/2021 (fl. 229), o sujeito passivo interpôs, 19/4/2021 (fls. 231/262), recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba anexado às fls. 231/262.

Na 130ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais, realizada no dia 17/11/2022, os conselheiros, à unanimidade, desproveram o



recurso voluntário, para manter a sentença monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000035/2020-38, lavrado em 15/1/2020, fls. 3 a 5.

Na sequência, o colegiado promulgou o Acórdão nº 00604/2022 cuja ementa fora redigida nos seguintes termos:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - OPERAÇÕES DE SAÍDAS - BASE DE CÁLCULO - INOBSERVÂNCIA DO TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL. DENÚNCIA CONFIRMADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Estabelecida em TARE celebrado entre o sujeito passivo e a Secretaria da Fazenda a regra segundo a qual 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. O descumprimento dessa cláusula impõe a cobrança do imposto não recolhido oportunamente, na forma prevista no TARE, sem prejuízos das penalidades preceituadas pela Lei nº 6.379/96.

Seguindo a marcha processual, a autuada foi cientificada da decisão do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais em 2/3/2023 (fls. 344).

A acusada, alegando existência de erros materiais e omissões no Acórdão nº 0604/2022, opôs, em 7/3/2023 (fls. 345/369), o presente recurso de embargos de declaração, por meio do qual pontua que:

- a) Cabimento do recurso de embargos de declaração dada a ocorrência de erros materiais acerca de elementos presentes nos autos, equívocos quanto a circunstâncias que permeiam o caso, conforme decidido no Acórdão nº 115/2017 do CRF/PB;
- b) Que no julgamento empreendido por esse Colendo Conselho de Recursos Fiscais foi verificada grave omissão acerca de ponto crucial para o deslinde da controvérsia, passível de ser sanada também mediante embargos de declaração;
- c) Que ao longo do acórdão embargado não se encontra menção ao REsp nº 1.519.034/RS, e que pela inevitabilidade do argumento apresentado, solicita que este r. Conselho supra essa omissão incorrida no Acórdão 0604/2022;
- d) O CRF/PB, no julgamento do recurso voluntário, concluiu que não seriam aplicáveis ao caso dos autos as normas conveniais e estaduais que regulamentam a matéria, isto é, inicialmente o Convênio ICMS nº 76/1994, incorporado pelo Decreto nº 17.417/1995, e atualmente o Convênio ICMS nº 234/2017, incorporado pelo Decreto nº



- 38.023/2017, exclusivamente em razão da ora embargante ser detentora de TARE;
- e) Ou seja, na visão do i. Julgador, a adoção do Preço Final a Consumidor (PMC) publicado pela ABCFARMA somente seria possível para os contribuintes que não possuem TARE firmado com o estado da Paraíba, pois previstas em normas conveniais que regulamentam a matéria;
 - f) Na visão do i. Julgador as normas conveniais que regulamentam a matéria e que foram incorporadas na legislação do Estado da Paraíba possuiriam disposição em sentido diverso àquela prevista em Lei Complementar;
 - g) O lançamento está acoimado de vício formal, na forma do art. 16 da Lei 10.094/2013, visto que o auditor fiscal ao acusar o contribuinte de suposto recolhimento a menor de ICMS-ST limitou-se a apontar como dispositivos infringidos os art. 391 e 399 do RICMS/PB, sem fazer menção aos incisos e parágrafos eventualmente aplicáveis ao caso, impedindo a sua ampla defesa e seu contraditório, tornando nulo o trabalho fiscal;
 - h) Confira-se precedente desse c. Conselho de Recursos Fiscais, por meio do Acórdão nº 323/2020, que diante de caso idêntico ao presente, concluiu que a mera indicação ao art. 399 do RICMS/PB seria insuficiente para especificar a subsunção do fato à norma legal;
 - i) Que o posicionamento adotado na decisão embargada está equivocado porque a cláusula do TARE supostamente descumprida pela embargante é mera reprodução do art. 8º, §2º da Lei Complementar 87/96, internalizados no Estado da Paraíba pelo art. 19, §2º da Lei 6.379/96 e no art. 395, §2º do Decreto nº 18.930/97, RICMS/PB;
 - j) Essas disposições referem-se as regras gerais aplicáveis a sistemática de substituição tributária, em especial a base de cálculo a ser observada, e que foram complementadas pelos Convênios ICMS nº 76/1994, incorporado pelo Decreto nº 17.417/1995, e atualmente o Convênio ICMS nº 234/2017, incorporado pelo Decreto nº 38.023/2017;
 - k) O raciocínio empreendido pela Fiscalização e chancelado no julgamento do recurso voluntário condiz com a premissa de que uma norma convenial pudesse dispor em sentido contrário à disposição contida em uma Lei Complementar e, portanto, que há que se prevalecer a Cláusula do TARE que reproduz a Lei Complementar e não as normas conveniais que regulamentam a matéria;
 - l) Tanto para contribuintes que possuem TARE firmado com o Estado da Paraíba, como para aqueles que não possuem, devem ser observadas as disposições inauguradas pelo Convênio ICMS nº



76/1994 e atualmente o Convênio ICMS nº 234/2017, aplicando-se o mesmo raciocínio exarado nos Acórdãos nº 0152/2022 e 261/2017 do CRF/PB.

Considerando os fundamentos acima, o contribuinte requer sejam conhecidos e providos os embargos declaratórios para serem sanadas o vício material e as omissões apontadas, em caráter subsidiário, o reconhecimento da nulidade por vício formal do lançamento, e por fim que sejam atribuídos efeitos infringentes ao julgamento.

Distribuídos ao julgador fiscal Lindemberg Roberto de Lima, os autos foram levados a julgamento na sessão data do tribunal pleno datada de 16 de maio de 2023, ocasião em que pediu vistas para melhor apreciação da matéria este conselheiro.

Eis o relatório.

VOTO

Em análise nesse E. Conselho de Recursos Fiscais, o recurso de embargos de declaração impetrado pela empresa NAZARIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., em face da decisão prolatada por meio do Acórdão nº 0604/2022.

O recurso de embargos de declaração está previsto no artigo 75, V, da Portaria nº 00080/2021/SEFAZ (Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais)¹, *in verbis*:

Art. 75. Perante o Conselho de Recursos Fiscais serão submetidos os seguintes recursos:

(...) V - de Embargos de Declaração;

Nos termos do que dispõe o artigo 86 do mesmo diploma legal, os embargos de declaração têm por objetivo corrigir defeitos da decisão proferida quanto à ocorrência de omissão, contradição e obscuridade. Senão, veja-se:

Art. 86. O Recurso de Embargos de Declaração será oposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão proferida.

O prazo para oposição do referido recurso é de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte, consoante disciplinado no art. 87 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, *in verbis*:

Art. 87. Os Embargos de Declaração deverão ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a ora Embargante foi notificada da decisão recorrida, por DTe, em 2/3/2023 (fls. 344) e protocolou o presente recurso em 7/3/2023 (fls. 345), portanto, tempestivas suas manifestações.

¹REVOGA A PORTARIA Nº 00248/2019/SEFAZ, PUBLICADA NO DOE-/SEFAZ DE 21.08.19



Ab initio, como bem destacado pelo relator originário, em que pese os lançamentos que contiverem vício de forma devam ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 da Lei 10.094/2013, no processo administrativo tributário ora em deslinde se verifica que este observou os requisitos formais suficientes para ser confirmado nas duas instâncias de julgamento.

Como bem destacado por este, o presente caso não se assemelha aos precedentes administrativos do CRF/PB trazidos pela Embargante, especialmente o Acórdão nº 323/2020. Naquele julgamento existiam particularidades que levaram à anulação da infração, visto que não se vislumbrava, naquele auto de infração, informações na nota explicativa que especificassem os fatos então apurados pela Fiscalização.

Ademais, saliente-se que não é a existência de nota explicativa que enseja o não reconhecimento de nulidade, mas quando for esta esclarecedora quanto à exegese da interpretação trilhada pelo auditor.

No auto de infração ora em julgamento a nota explicativa informa o dispositivo do Termo de Acordo de Regime Especial nº 2008.000154 infringido, que é o parágrafo primeiro, da Cláusula Sexta,², sem deixar margem para dúvidas sobre a fundamentação legal da obrigação tributária exigida, ou seja, substituição tributária sobre mercadorias contidas no anexo 05 do RICMS/PB e o descumprimento das regras do TARE no que concerne à base de cálculo do imposto. Ademais, também assenta a existência de planilhas que cuidam em precisar o objeto da acusação.

Assim, a nota explicativa, que complementa e aperfeiçoa a acusação, na medida em que permite a compreensão do percurso exegético trilhado pela autoridade fiscal para lavratura do lançamento, supre a generalidade da menção aos art. 391 e 399, por especificar a fundamentação jurídica da acusação, que incide sobre o descumprimento de norma disposta no Termo de Acordo de Regime Especial nº 2008.000154.

²CLÁUSULA QUINTA – A EMPRESA fica eleita como sujeito passivo por substituição tributária, na qualidade de substituto tributário, para efeito de retenção e recolhimento do ICMS por ocasião das saídas de seu estabelecimento comercial, de mercadorias constantes do Anexo 05 do RICS/PB.

(...) CLÁUSULA SEXTA – Para cálculo do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA de que trata a cláusula anterior, tomar-se-á, como base de cálculo do imposto, o montante formado pelo preço praticado pela Empresa na respectiva operação, acrescido do valor do frete e/ou carreto, seguros e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, da Taxa de Valor Agregado (TVA) definida no Anexo 05 do RICMS/PB, não sendo admitidos descontos condicionados ou não.

§ 1º - 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.

§ 2º - Na falta do valor de que trata o parágrafo anterior e existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, a base de cálculo será este preço.



Ademais, o auto de infração está acompanhado de cópia do TARE, planilhas de cálculo que instruem adequadamente a acusação e o sujeito passivo apresentou defesa demonstrando o perfeito entendimento da acusação que lhe foi imposta, tendo manifestado discordância com a eleição da base de cálculo da substituição tributária pela Fiscalização. Portanto, corrobora-se com o relator originário no sentido de que não houve cerceamento da defesa do contribuinte, não se configurando caso de nulidade, conforme princípio “*pas nullité sans grief*” referendado no art. 15 da Lei 10.094/2013³.

No mérito propriamente dito, a Embargante defende o cabimento do recurso de embargos de declaração em virtude da ocorrência de erros materiais acerca de elementos presentes nos autos, vislumbrando equívocos, por erro de fato, quanto à circunstâncias que permeiam o caso, e faz referência ao Acórdão nº 115/2017 do CRF/PB, bem como em omissão no que concerne a decisão embargada, notadamente por não tratar diretamente da tese esposada no REsp nº 1.519.034/RS, diante do entendimento da inevitabilidade do argumento.

Em seus argumentos a ora embargante argumenta:

*Conforme se adiantou em sede de sinopse fática, o acórdão ora embargado chancelou o entendimento aviado pelo Auto de Infração no sentido de que por força de disposição contida no Parágrafo Primeiro da Cláusula Sexta do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) firmado pela ora embargante com o Fisco Estadual, **haveria de ser observada, necessariamente, como base de cálculo na apuração e recolhimento do ICMS-ST, o Preço Máximo a Consumidor (PMC) publicado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), ao revés do Preço Máximo ao Consumidor (PMC) publicado pela ABCFARMA, que foi a conduta adotada pelo contribuinte.***

*Com efeito, por ocasião do julgamento do recurso voluntário apresentado pelo contribuinte, o c. CRF concluiu que não seriam aplicáveis ao caso dos autos, **as normas convencionais e estaduais que regulamentam a matéria, isto é, inicialmente o Convênio ICMS nº 76, 1994, incorporado pelo Decreto Estadual nº 17.417, de 25 de abril de 1995, e atualmente o Convênio ICMS nº 234, de 2017, incorporado em Decreto Estadual nº 38.023, de 2017, exclusivamente em razão de a ora embargante ser detentora de Termo de Acordo de Regime Especial (TARE).***

Neste sentido, a ora embargante segue argumentando que, as cláusulas previstas em seu TARE somente transcrevem o art. 8, §2º da LC 87/96 e art. 19, §2º da Lei nº 6.379/96 e art. 395, §2º do Decreto nº 18.930/1997 e que todos disporem no seguinte sentido:

³Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, ***serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.***

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.



“tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final ao consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do importo, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido”.

Neste íterim cumpre esclarecer que, assiste razão à ora embargante. As disposições têm conteúdo idêntico e devem ser interpretados da mesma maneira, não podendo TARE dispor em sentido diverso da Lei Complementar, mesmo porque o critério hierárquico há de ser compreendido para resolução de antinomias, não se devendo, desta sorte, haver interpretações, inclusive, que destoem do sentido da lei superior hierarquicamente.

Neste importe, urge esclarecer que, ainda que mais específico, a imposição de norma especial a partir de TARE não pode esvaziar ou dispor diferentemente do que prescreve lei geral. Trata-se de respeito ao primado da hierarquia e coerência sistêmica, o que é sobretudo mais grave quando, mantendo-se a mesma redação, se atribui interpretação diversa, em norma especial, daquela contida em norma geral, superior hierarquicamente, mesmo porque se inova no ordenamento, por ato infralegal, que modificaria o conteúdo de lei, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. O respeito à segurança jurídica e coerência sistêmica importam, pois, na preservação do conteúdo de lei hierarquicamente superior.

Pois bem, o art. 8, §2º da LC 87/96 prescreve: *“tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final ao consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do importo, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido”.*

Veja-se que o dispositivo legal trata de preços máximos ou mínimos fixados por órgão público. Em não tendo sido especificado o que se entende por órgão público, esta foi uma opção feita pelo legislador, que entendeu por não limitar o conteúdo semântico daquilo que entendeu, de sorte que há de ser atribuído a este um raciocínio tipológico, compreendendo-se este como entidade que preste função ou interesse público.

Portanto, em se verificando o atendimento a interesse público, ter-se-ia o exercício de *mínus publico*.

Neste sentido urge esclarecer – e aqui assiste o erro de fato – que a lista da ABCFARMA se presta orientar a conduta dos agentes fiscais, sejam tributários ou consumeristas, por exemplo, quando no exercício de seus poderes, mesmo porque ela apresenta os preços máximos a serem praticados quando na venda de medicamentos ao consumidor final.

Ademais, a lista da ABCFARMA se sujeita a regulamentação, sendo inclusive reconhecida como oficial pela CMED, que a utiliza como referência para a apuração de infrações à Lei Federal 10.742/2003, mesmo porque a competência da CMED, cinge-se a estipular parâmetros para fixação de preços máximos, determinando as diretrizes para fixação de preços de medicamentos. Assim, ainda que na utilização destes se assente expressamente qual seria, em número, o maior valor possível, isto não



implica em desprezo à lista de preços máximo praticáveis ao consumidor final pela ABCFARMA.

De sorte que, caso não sejam respeitados os preços sugeridos nas publicações especializadas (por exemplo, Revista ABCFARMA) - de onde ser verificam todas as empresas integrantes da cadeia de fornecimento de medicamentos e são fixados parâmetros para as penalidades, conforme indicado na Resolução CMED nº 2, de 16 de abril de 2018, que disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam as normas reguladoras do mercado de medicamentos – implicaria em desprezar a natureza jurídica e diretrizes fixados pela própria CMED.

Ou seja, a CMED delimita teto para os valores da ABCFARMA que, notadamente, devem ser respeitados quando na venda em balcão e, justamente, por ser a lista da ABCFARMA fiscalizada e utilizada pela própria CMED como parâmetro na fiscalização, não restaria a impossibilidade de sua utilização pelo Fisco.

Por fim, cumpre esclarecer que a interpretação das normas tributárias deve ser no sentido de buscar a que melhor assista ao contribuinte, em razão do princípio *in dubio pro contribuinte*, passível de ser depreendido do art. 112 do CTN, de sorte que, em sendo a lista fixada pela ABCFARMA mais benéfica ao contribuinte, esta deveria prevalecer.

Portanto, haveria de ser aplicada a lista da ABCFARMA, eis que regulamentada, melhor serve como parâmetro para a fiscalização. Neste sentido, inclusive, tem-se farta jurisprudência do STJ:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA. REVISTA ABC FARMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de lei local determinar como base de cálculo presumida de ICMS em regime de substituição tributária valores constantes da Revista ABCFARMA. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de reconhecer a ilegalidade de cobrança do ICMS com base em regime de pauta fiscal, mormente pelo fato de que "o art. 148 do CTN somente pode ser invocado para a determinação da base de cálculo do tributo quando, certa a ocorrência do fato imponível, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa" (RMS n. 18.677-MT, relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 20.6.2005). 3. No presente caso, a conduta da Administração não se trata de pauta fiscal, mas de técnica para a fixação da base de cálculo na sistemática de substituição tributária progressiva, na qual se leva em consideração dados concretos, tudo em consonância com o disposto do art. 8º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar nº 87/96. 4. **A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de admitir a utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva.** Precedentes: REsp 1.192.409/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.6.2010, DJe 1º.7.2010; RMS 21.844/SE, Rel. Min.



Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 5.12.2006, DJ 1º.2.2007; RMS 20.381/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 03/08/2006. 5. Quanto à alínea c, aplicável o disposto na Súmula 83 do STJ, segundo a qual: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1248963/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 14/06/2011).

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VENDA DE PRODUTOS MÉDICO-HOSPITALARES. UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA. REVISTA ABC FARMA. POSSIBILIDADE. 1. É legítima a sistemática da substituição tributária progressiva no que se refere ao ICMS incidente sobre a venda de produtos médico-hospitalares para hospitais e congêneres. Precedentes deste Tribunal (EDcl no REsp 418.541/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 20/04/2009; REsp 598.888/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 14/12/2006) 2. **Esta Corte admite a utilização dos valores indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva.** Precedentes: REsp 1237400/BA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014; REsp 1.192.409/SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 1º/07/2010; RMS 21.844/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ de 1º/02/2007; RMS 20.381/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ de 03/08/2006. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 1492962 GO 2014/0277499-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 03/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/03/2015)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ELEIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - PAPEL RESERVADO À LEI LOCAL - BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA - UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES. 1. Compete à legislação local a indicação do terceiro partícipe da cadeia de circulação de mercadorias e produtos como substituto tributário, nos termos do art. 128 do CTN e do art. 6º da LC 87/96. 2. Distingue-se a pauta fiscal da fixação da base de cálculo (preço da operação ou prestação de serviço) por operação presumida. Aquela, repudiada pela jurisprudência desta Corte, impõe arbitrariamente o valor da base de cálculo do tributo em caráter geral; esta, utilizada no regime de substituição tributária progressiva, pressupõe procedimento administrativo legitimante, controle do contribuinte e adequação aos critérios instituídos na LC 87/96, art. 8º, II, c e §§ 2 e 3º. 3. **Esta Corte admite a utilização dos preços indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva.** 4. **Recurso especial não provido.** (REsp 1192409/SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 01/07/2010).



PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO DO PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR (PMC) ESTABELECIDO PELA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (CMED). NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA ANÁLISE DAS DEMAIS CAUSAS DE PEDIR DE ANULAÇÃO DO DÉBITO FISCAL. 1. O incidente de uniformização de jurisprudência, além de constituir faculdade do magistrado, deve ser suscitado antes de julgado o feito principal, sendo inviável seu conhecimento em sede de agravo regimental ou de embargos de declaração. Precedentes: EDcl no MS 17.583/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 05/06/2013; AgRg no HC 152.150/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 10/05/2010. 2. "[O]s arts. 4o., § 1o. e 6o., II da Lei 10.742/03, bem como os arts. 6o., 7o., e 8o. **da Resolução CMED 04/2004 (vigente à época) autorizam a CMED a fixar, ano a ano, o Preço Máximo ao 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, que o Fisco, amparado pelo art. 8o., § 2o. da LC 87/96, lance mão desses preços na apuração do ICMS devido na substituição tributária progressiva.** Precedentes: RMS 20.381/SE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU 03.08.2006, p. 203, e RMS 21.844/SE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU 01.02.2007, p. 392" (AgRg no AgRg no AREsp 350.678/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19/03/2014). 3. Necessidade de retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que sejam analisadas as demais causas de pedir de anulação do débito fiscal suscitadas na apelação da empresa contribuinte. 4. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no AREsp 475.377/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/05/2014).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS INCIDENTE SOBRE MEDICAMENTOS. BASE DE CÁLCULO. PREÇOS DIVULGADOS PELA REVISTA "ABCFARMA". PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR. LEGALIDADE. I - Assentou o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal a legitimidade constitucional, referente ao ICMS, da substituição tributária para frente. (SS-AgR 1307/PE, Tribunal Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 11.10.2001). II - O artigo 8º, § 2º, da LC 87/96, preceitua que, em se cuidando "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". III - "Estabelecendo a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED os critérios para obtenção dos valores correspondentes ao Preço Máximo ao Consumidor, esse valores correspondem à base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária." (RMS nº 20.381/SE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 03/08/2006) IV - Recurso ordinário improvido. (STJ - RMS: 21844 SE 2006/0086194-2, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de



Julgamento: 05/12/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/02/2007 p. 392)

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VENDA DE PRODUTOS MÉDICO-HOSPITALARES. UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA. REVISTA ABC FARMA. POSSIBILIDADE. 1. É legítima a sistemática da substituição tributária progressiva no que se refere ao ICMS incidente sobre a venda de produtos médico-hospitalares para hospitais e congêneres. Precedentes deste Tribunal (EDcl no REsp 418.541/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 20/04/2009; REsp 598.888/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 14/12/2006) 2. Esta Corte admite a utilização dos valores indicados na Revista ABC FARMA na composição da base de cálculo presumida do ICMS na circulação de medicamentos em regime de substituição tributária progressiva. Precedentes: REsp 1237400/BA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014; REsp 1.192.409/SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 1º/07/2010; RMS 21.844/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ de 1º/02/2007; RMS 20.381/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ de 03/08/2006. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1492962 GO 2014/0277499-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 03/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/03/2015)

Ademais, como se não bastasse, este e. Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba já havia, no Acórdão nº 261, de 2017, assentado pela adequada utilização da lista da ABCFARMA, amparando-se do art. 8º, § 2º da LC 87/96, conforme se observa:

Processo nº 050.313.2012-5

Recurso HIE/CRF Nº 288/2016

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.

(grifo nosso)



Expressamente se evidencia as razões de decidir deste trecho:

“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.”

Ou seja, o parâmetro de utilização da ABCFARMA já havia sido fixado por este e. CRF-PB, o que deveria ser observado quando na lavratura do Auto de Infração.

Não bastasse, Convênio ICMS nº 234, de 2017 também assenta a razoabilidade de utilização desse parâmetro:

Convênio ICMS nº 234, de 2017

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 varejo

Por estes motivos, portanto, entende-se que devem ser acolhidos os presentes embargos, inclusive quanto a efeitos infringentes, em razão do erro de fato concernente à necessidade de observância quanto à natureza jurídica da lista fixada pela ABCFARMA, em cotejo com a natureza jurídica da CMED, bem como pela omissão decorrente da necessidade de análise da jurisprudência pátria e dos precedentes firmados por esta casa, quanto à utilização dos parâmetros fixados pela ABCFARMA como legais e que, resultam na melhor razão para julgamento da matéria conforme a



necessidade de observância do princípio *in dubio pro contribuinte*, compreendido do art. 112 do CTN.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo acolhimento dos embargos de declaração, por regular e tempestivos, interposto pela empresa NAZARIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., inscrição estadual nº 16.158.287-7, reconhecendo o erro material e, no mérito, entender pelo seu provimento, atribuindo efeitos infringentes ao Acórdão 0604/2022, a fim de declarar a improcedência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000035/2020-38, lavrado em 15/1/2020, eximindo a autuada de quaisquer ônus decorrentes desta acusação.

Intimações à cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por videoconferência em 26 de setembro de 2023.

Eduardo Silveira Frade
Conselheiro Relator



PROCESSO Nº 0110112020-7

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: NAZARIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: JOSÉ NELSON DE OLIVEIRA BARBOSA

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA

Relator do voto divergente: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS. PRETENSÃO DE REDISCUTIR MATÉRIA JÁ DECIDIDA - MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDO.

- É cabível o recurso de embargos de declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso, não se vislumbra nenhum dos elementos de pressupostos de admissibilidade.

- Impossibilidade de reexame de questão meritória, através de oposição de embargos de declaração, quando ausentes os vícios contemplados em suas hipóteses de cabimento.

RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de embargos de declaração oposto pela empresa NAZARIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., inscrição estadual nº 16.158.287-7, contra a decisão proferida no Acórdão nº 0604/2022, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000035/2020-38, lavrado em 15/1/2020, no qual consta a seguinte acusação:

392 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> O contribuinte omitiu o recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

NOTA EXPLICATIVA: POR FORÇA DO TARE Nº 2008.000154, A EMPRESA, ELEITA SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, PARA FINS DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDO POR OCASIÃO DAS SAÍDAS DE



SEU ESTABELECIMENTO COMERCIAL, RECOLHEU ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM VALOR INFERIOR AO DEVIDO, EM RAZÃO DE NÃO TER OBSERVADO AS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO § 1º DA CLÁUSULA SEXTA DO TARE 2008.000154 E, PORTANTO, TER UTILIZADO BASE DE CÁLCULO EM VALOR INFERIOR AO ESTABELECIDO NO DISPOSITIVO LEGAL RETRO MENCIONADO, ESTANDO DEMONSTRADO ATRAVÉS DAS PLANILHAS EM ANEXO, DE APURAÇÃO E DETALHAMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDO, QUE FICAM SENDO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. RESSALTE-SE QUE A EMPRESA FOI NOTIFICADA EM 06/12/2019 (NOTIFICAÇÃO 01000155/2019) PARA RECOLHER A DIFERENÇA APONTADA POR ESTA FISCALIZAÇÃO, PORÉM NÃO EFETUOU O DEVIDO RECOLHIMENTO.

Na instância prima, o julgador fiscal Heitor Collett decidiu pela *procedência* do auto de infração, conforme sentença das fls. 219/226, editando a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DEVIDO PELAS SAÍDAS - BASE DE CÁLCULO - INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - DENÚNCIA CARACTERIZADA.

- O contribuinte signatário deve observância às cláusulas do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE – celebrado em igualdade, entre a Empresa beneficiária e a Secretaria de Estado da Fazenda.

- O descumprimento das cláusulas do TARE firmado com a SEFAZ, especificamente sobre a base de cálculo do ICMS-ST, implicam na cobrança do imposto não recolhido oportunamente, na forma prevista no TARE, sem prejuízos das penalidades preceituadas pela Lei nº 6.379/96.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificado da decisão monocrática por meio de no DT-e, com ciência em 22/3/2021 (fl. 229), o sujeito passivo interpôs, 19/4/2021 (fls. 231/262), recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba anexado às fls. 231/262.

Na 130ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais, realizada no dia 17/11/2022, os conselheiros, à unanimidade, desproveram o recurso voluntário, para manter a sentença monocrática que julgou procedente o Auto



de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000035/2020-38, lavrado em 15/1/2020, fls. 3 a 5.

Na sequência, o colegiado promulgou o Acórdão nº 00604/2022 cuja ementa fora redigida nos seguintes termos:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - OPERAÇÕES DE SAÍDAS - BASE DE CÁLCULO - INOBSERVÂNCIA DO TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL. DENÚNCIA CONFIRMADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Estabelecida em TARE celebrado entre o sujeito passivo e a Secretaria da Fazenda a regra segundo a qual 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. O descumprimento dessa cláusula impõe a cobrança do imposto não recolhido oportunamente, na forma prevista no TARE, sem prejuízos das penalidades preceituadas pela Lei nº 6.379/96.

Seguindo a marcha processual, a autuada foi cientificada da decisão do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais em 2/3/2023 (fls. 344).

A acusada, alegando existência de erros materiais e omissões no Acórdão nº 0604/2022, opôs, em 7/3/2023 (fls. 345/369), o presente recurso de embargos de declaração, por meio do qual pontua que:

- a) Cabimento do recurso de embargos de declaração dada a ocorrência de erros materiais acerca de elementos presentes nos autos, equívocos quanto a circunstâncias que permeiam o caso, conforme decidido no Acórdão nº 115/2017 do CRF/PB;
- b) Que no julgamento empreendido por esse Colendo Conselho de Recursos Fiscais foi verificada grave omissão acerca de ponto crucial para o deslinde da controvérsia, passível de ser sanada também mediante embargos de declaração;
- c) Que ao longo do acórdão embargado não se encontra menção ao REsp nº 1.519.034/RS, e que pela inevitabilidade do argumento apresentado, solicita que este r. Conselho supra essa omissão incorrida no Acórdão 0604/2022;
- d) O CRF/PB, no julgamento do recurso voluntário, concluiu que não seriam aplicáveis ao caso dos autos as normas conveniais e estaduais que regulamentam a matéria, isto é, inicialmente o Convênio ICMS nº 76/1994, incorporado pelo Decreto nº 17.417/1995, e atualmente o Convênio ICMS nº 234/2017, incorporado pelo Decreto nº



38.023/2017, exclusivamente em razão da ora embargante ser detentora de TARE;

- e) Ou seja, na visão do i. Julgador, a adoção do Preço Final a Consumidor (PMC) publicado pela ABCFARMA somente seria possível para os contribuintes que não possuem TARE firmado com o estado da Paraíba, pois previstas em normas conveniais que regulamentam a matéria;
- f) Na visão do i. Julgador as normas conveniais que regulamentam a matéria e que foram incorporadas na legislação do Estado da Paraíba possuiriam disposição em sentido diverso àquela prevista em Lei Complementar;
- g) O lançamento está acoimado de vício formal, na forma do art. 16 da Lei 10.094/2013, visto que o auditor fiscal ao acusar o contribuinte de suposto recolhimento a menor de ICMS-ST limitou-se a apontar como dispositivos infringidos os art. 391 e 399 do RICMS/PB, sem fazer menção aos incisos e parágrafos eventualmente aplicáveis ao caso, impedindo a sua ampla defesa e seu contraditório, tornando nulo o trabalho fiscal;
- h) Confira-se precedente desse c. Conselho de Recursos Fiscais, por meio do Acórdão nº 323/2020, que diante de caso idêntico ao presente, concluiu que a mera indicação ao art. 399 do RICMS/PB seria insuficiente para especificar a subsunção do fato à norma legal;
- i) Que o posicionamento adotado na decisão embargada está equivocado porque a cláusula do TARE supostamente descumprida pela embargante é mera reprodução do art. 8º, §2º da Lei Complementar 87/96, internalizados no Estado da Paraíba pelo art. 19, §2º da Lei 6.379/96 e no art. 395, §2º do Decreto nº 18.930/97, RICMS/PB;
- j) Essas disposições referem-se as regras gerais aplicáveis a sistemática de substituição tributária, em especial a base de cálculo a ser observada, e que foram complementadas pelos Convênios ICMS nº 76/1994, incorporado pelo Decreto nº 17.417/1995, e atualmente o Convênio ICMS nº 234/2017, incorporado pelo Decreto nº 38.023/2017;
- k) O raciocínio empreendido pela Fiscalização e chancelado no julgamento do recurso voluntário condiz com a premissa de que uma norma convenial pudesse dispor em sentido contrário à disposição contida em uma Lei Complementar e, portanto, que há que se prevalecer a Cláusula do TARE que reproduz a Lei Complementar e não as normas conveniais que regulamentam a matéria;
- l) Tanto para contribuintes que possuem TARE firmado com o Estado da Paraíba, como para aqueles que não possuem, devem ser observadas as disposições inauguradas pelo Convênio ICMS nº



76/1994 e atualmente o Convênio ICMS nº 234/2017, aplicando-se o mesmo raciocínio exarado nos Acórdãos nº 0152/2022 e 261/2017 do CRF/PB.

Considerando os fundamentos acima, o contribuinte requer sejam conhecidos e providos os embargos declaratórios para serem sanadas o vício material e as omissões apontadas, em caráter subsidiário, o reconhecimento da nulidade por vício formal do lançamento, e por fim que sejam atribuídos efeitos infringentes ao julgamento.

É o relatório.

VOTO

Em análise nesse E. Conselho de Recursos Fiscais, o recurso de embargos de declaração impetrado pela empresa NAZARIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., em face da decisão prolatada por meio do Acórdão nº 0604/2022.

O recurso de embargos de declaração está previsto no artigo 75, V, da Portaria nº 00080/2021/SEFAZ (Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais)⁴, *in verbis*:

Art. 75. Perante o Conselho de Recursos Fiscais serão submetidos os seguintes recursos:

(...) V - de Embargos de Declaração;

Nos termos do que dispõe o artigo 86 do mesmo diploma legal, os embargos de declaração têm por objetivo corrigir defeitos da decisão proferida quanto à ocorrência de omissão, contradição e obscuridade. Senão, veja-se:

Art. 86. O Recurso de Embargos de Declaração será oposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão proferida.

O prazo para oposição do referido recurso é de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte, consoante disciplinado no art. 87 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, *in verbis*:

Art. 87. Os Embargos de Declaração deverão ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a ora Embargante foi notificada da decisão recorrida, por DTe, em 2/3/2023 (fls. 344) e protocolou o presente recurso em 7/3/2023 (fls. 345), portanto, tempestivas suas manifestações.

⁴REVOGA A PORTARIA Nº 00248/2019/SEFAZ, PUBLICADA NO DOe-/SEFAZ DE 21.08.19



Ab initio, devo me pronunciar por dever de ofício sobre a alegação do sujeito passivo de que teria sofrido cerceamento ao direito de defesa em razão de o Auditor ter se limitado a apontar como dispositivos infringidos os art. 391 e 399 do RICMS/PB, sem fazer menção aos incisos e parágrafos eventualmente aplicáveis ao caso.

Como se sabe, os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 da Lei 10.094/2013. Nada obstante, o processo administrativo tributário em deslinde observou os requisitos formais suficientes para ser confirmado nas duas instâncias de julgamento.

Com as devidas vênias, mas esse caso não se assemelha aos precedentes administrativos do CRF/PB trazidos pela Embargante, especialmente o Acórdão nº 323/2020. Naquele julgamento existiam particularidades que levaram à anulação da infração, visto que não se vislumbrava naquele auto de infração informações na nota explicativa que especificassem os fatos então apurados pela Fiscalização.

Nessa condição, restou então caracterizada uma acusação genérica, sem o necessário detalhamento da fundamentação jurídica dos fatos imputados.

No auto de infração em julgamento, a nota explicativa informa o dispositivo do Termo de Acordo de Regime Especial nº 2008.000154 infringido, que é o parágrafo primeiro, da Cláusula Sexta,⁵, sem deixar margem para dúvidas sobre a fundamentação legal da obrigação tributária exigida, ou seja, substituição tributária sobre mercadorias contidas no anexo 05 do RICMS/PB e o descumprimento das regras do TARE no que concerne à base de cálculo do imposto.

Assim, a nota explicativa, que complementa a acusação, supre a generalidade da menção aos art. 391 e 399, por especificar a fundamentação jurídica da acusação, que incide sobre o descumprimento de norma disposta no Termo de Acordo de Regime Especial nº 2008.000154.

⁵CLÁUSULA QUINTA – A EMPRESA fica eleita como sujeito passivo por substituição tributária, na qualidade de substituto tributário, para efeito de retenção e recolhimento do ICMS por ocasião das saídas de seu estabelecimento comercial, de mercadorias constantes do Anexo 05 do RICS/PB.

(...) CLÁUSULA SEXTA – Para cálculo do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA de que trata a cláusula anterior, tomar-se-á, como base de cálculo do imposto, o montante formado pelo preço praticado pela Empresa na respectiva operação, acrescido do valor do frete e/ou carreto, seguros e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, da Taxa de Valor Agregado (TVA) definida no Anexo 05 do RICMS/PB, não sendo admitidos descontos condicionados ou não.

§ 1º - 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.

§ 2º - Na falta do valor de que trata o parágrafo anterior e existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, a base de cálculo será este preço.



Ademais, o auto de infração está acompanhado de cópia do TARE, planilhas de cálculo que instruem adequadamente a acusação e o sujeito passivo apresentou defesa demonstrando o perfeito entendimento da acusação que lhe foi imposta, tendo manifestado discordância com a eleição da base de cálculo da substituição tributária pela Fiscalização. Portanto, entendo que não houve cerceamento da defesa do contribuinte, não se configurando caso de nulidade, dentro do princípio “*pas nullité sans grief*” referendado no art. 15 da Lei 10.094/2013⁶.

No mérito propriamente dito, a Embargante defende o cabimento do recurso de embargos de declaração em virtude da ocorrência de erros materiais acerca de elementos presentes nos autos, vê equívocos quanto a circunstâncias que permeiam o caso, e faz referência ao Acórdão nº 115/2017 do CRF/PB e omissão no que concerne a decisão embargada não tratar diretamente da tese esposada no REsp nº 1.519.034/RS, diante do entendimento da inevitabilidade do argumento.

Passo, em seguida, a analisar esses pontos:

A alegação da Embargante no que diz respeito a supostos erros materiais no Acórdão, reedita os mesmos questionamentos exaustivamente analisados no julgamento do recurso voluntário, e traz assertivas conclusivas que não condizem com as fundamentações então apresentadas.

Ademais, a jurisprudência dessa Corte, em consonância com a reiterada jurisprudência dos tribunais pátrios, nega provimento a embargos de declaração cujo objetivo se limita ao indevido reexame da matéria, pretendendo um efeito infringente do julgado, conforme pode-se citar o precedente do Supremo Tribunal Federal na decisão nos EMB. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 938.630/SERGIPE, de Relatoria de sua Excelência, Ministro CELSO DE MELLO, cuja ementa, transcrevo:

EMB .DECL. NO A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 938.630 SERGIPE RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO EMBTE.(S)

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO , OBSCURIDADE , OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC, ART. 1.022) – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE NO CASO – CARÁTER PROCRASTINATÓRIO – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS .

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM , ORDINARIAMENTE , DE CARÁTER INFRINGENTE

⁶Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, **serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado**, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.



– Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC, art. 1.022) – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes . ARE 938630A GR-ED/SE

MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER

– O abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa . A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses.

Dessarte, uma mera discordância com o teor da decisão recorrida não justifica o provimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes, como pretende a Embargante. Para tanto, faz-se necessária a comprovação de ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada com consequências materiais no resultado da lide.

No caso, com todas as vênias, a Embargante traz conclusões equivocadas, sobre os fundamentos da decisão dessa e. Corte, e afirma que foi decidido que *“não seriam aplicáveis ao caso dos autos as normas conveniais e estaduais que regulamentam a matéria, isto é, inicialmente o Convênio ICMS nº 76/1994, incorporado pelo Decreto nº 17.417/1995, e atualmente o Convênio ICMS nº 234/2017, incorporado pelo Decreto nº 38.023/2017, exclusivamente em razão da ora embargante ser detentora de TARE”*.

Ao contrário, a decisão embargada fez a correlação entre as normas Estaduais, os Convênios ICMS nº 76/1994, incorporado pelo Decreto nº 17.417/1995 e o TARE.

Quanto ao Convênio ICMS nº 234/2017, incorporado pelo Decreto nº 38.023/2017, decidiu-se que as normas nele dispostas não se aplicam aos fatos geradores do presente auto de infração, conforme o princípio *tempus regit actum*. Veja-se a passagem do julgado em análise:

“Como se sabe, a base de cálculo do ICMS substituição tributária sobre produtos farmacêuticos está disciplinada no art. 2º Decreto nº 17.417 de 25 de abril de 1995, vigente à data da ocorrência dos fatos geradores, prevendo-se a adoção do preço sugerido pelo órgão competente para venda ao consumidor.

Art. 2º - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Essa norma tem fundamento na Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos.



Cláusula segunda A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

Com efeito, está correta a Reclamante quando afirma que a legislação acima posta foi alterada pelo Decreto nº 38.023 de 26 de dezembro de 2017, nos seguintes termos:

Art. 3º A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o Preço Máximo a Consumidor (PMC), sendo admitidos descontos no PMC de 10% (dez por cento) nos medicamentos éticos e de 20% (vinte por cento) nos medicamentos genéricos ou similares, 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.

§ 1º Os critérios para cálculo do ajuste descrito no “caput” deste artigo serão os mesmos estabelecidos no Decreto nº 38.928, de 21 de dezembro de 2018, para a realização de pesquisas de preços e fixação de Margem de Valor Agregado (MVA) e Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) (Convênio ICMS 46/19).

§ 2º Na hipótese de as empresas responsáveis pelas publicações especializadas não encaminharem as informações do PMC nos termos do “caput” do art. 4º deste Decreto, o PMC a ser adotado será o da CMED. (...)

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do dia 1º de janeiro de 2018.

Não obstante, tais regras passaram a vigor a partir do dia 1º de janeiro de 2018, após a ocorrência dos fatos geradores, não se aplicando para o caso concreto em julgamento. Portanto, entendo como legítima a adoção do PMC publicado pela CMED no lançamento, porque foi respeitada a legislação vigente à época dos fatos geradores e teve como objeto a norma prevista no Termo de Acordo.”

Cuide-se também, ao ser recorrido na decisão embargada que o Termo de Acordo nº 2008.000154 tem regra expressa que se tratando 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 que essa norma está em consonância com o art. 8, § 2º da LC 87/96 e art. 2º Decreto nº 17.417/1995, não se afirma discordância com o convênio, mesmo porque o Decreto nº 17.417/1995, regulamenta o Convênio ICMS nº 76/1994.

O que se afirmou, repito, é que o Convênio ICMS nº 234/2017, incorporado pelo Decreto nº 38.023/2017 trouxe normas regulamentadoras para fatos geradores futuros (art. 6º)⁷, ou seja, não se aplicam, *ipso facto*, para os fatos geradores dos exercícios de 2015 e de 2016 autuados, por força do art. 144 do CTN⁸.

⁷Decreto nº 38.023/2017

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do dia 1º de janeiro de 2018.

Convênio ICMS nº 234/2017



Assim, os erros materiais alegados pela embargante não se confirmam, o que se percebe é uma discordância da embargante com o resultado do julgamento.

Nessa mesma linha, a Embargante ao afirmar que *“na visão do i. Julgador, a adoção do Preço Final a Consumidor (PMC) publicado pela ABCFARMA somente seria possível para os contribuintes que não possuem TARE firmado com o estado da Paraíba, pois previstas em normas conveniais que regulamentam a matéria”*, lança uma premissa que não encontra eco na decisão embargada.

A decisão confirma tão somente a regularidade da cobrança do auto de infração contra a empresa Embargante, baseada na regra expressa no TARE por ela firmado com a Sefaz e reafirma que tal norma se amolda ao art. 8, § 2º da LC 87/96 e art. 2º Decreto nº 17.417/1995, que incorpora o Convênio ICMS nº 76/1994, não há desconformidade. A questão controversa diz respeito à fonte da informação para se obter a base de cálculo, sendo considerada como correta para os fatos apurados no auto de infração e segundo a norma do TARE, o PMC fixado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).

Dessa feita, não há erro material na decisão, pois fundamentada nos fatos apurados pela Fiscalização e na legislação vigente à época dos fatos geradores, levando à conclusão da regularidade da exigência fiscal baseada nos preços fixados pela CMED.

A embargante também aduz que no julgamento empreendido por esse Colendo Conselho de Recursos Fiscais foi verificada grave omissão acerca de ponto crucial para o deslinde da controvérsia, passível de ser sanada também mediante embargos de declaração, pois ao longo do acórdão embargado não se encontra menção ao REsp nº 1.519.034/RS, e que pela inevitabilidade do argumento apresentado, solicita que este r. Conselho supra essa omissão incorrida no Acórdão 0604/2022.

Tal questionamento foi exposto no recurso voluntário nas fls. 254 e seguintes da seguinte forma: *“36. Portanto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Exmo. Min. Mauro Campbell, já consignou-se que a “utilização dos preços máximos para venda de medicamentos fixação pela Câmara de Regulação de Medicamentos (CMED) constitui “verdadeira pauta fiscal” – destaco o seguinte precedente deste Tribunal(...)”. (REsp 1519034/R5, julgado em 15/08/2017 – sem grifos no original).”*

Data vênua, essa matéria foi fundamentada na primeira instância e os fundamentos do Acórdão 0604/2022 avançaram na matéria em questão, portanto, não se evidencia a alegada omissão. Veja-se:

“A Reclamante apresenta julgados do STJ, como exemplo, o AgRg no AgRg no Ag 1359721/R5, do Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/4/2011 condenando a adoção do PMC publicado pela CMED, comparando essa prática ao uso de pauta fiscal. Com todas as vênias, mas esses julgados não são aptos a afastar a aplicação da legislação estadual

Cláusula sexta Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir do dia 1º de janeiro de 2018.

⁸CTN, Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.



que rege a matéria, porque não constituem decisões vinculantes e refletem a análise de casos concretos submetidos àquele E. Superior Tribunal de Justiça.

Diga-se, ademais, que os Órgãos Julgadores estão proibidos de afastar a aplicação da lei sob a alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as matérias decididas definitivamente em ADI ou em via incidental, quando o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato, ex vi, dos art. 55 e art. 72-A, da Lei 10.094/13, e na Súmula nº 03, aprovada pelo CRF/PB, ipsi litteris:

Art. 55. Não de inclui na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade

(...)

Art. 72-A. No julgamento do processo administrativo tributário é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos.

Quanto ao argumento de que a base de cálculo adotada constitui uso de pauta fiscal, concordo com o Julgador Singular para quem os valores contidos na lista de tetos elaborada pela CMED e disponibilizada no site da ANVISA, não são elaborados unilateralmente pela SEFAZ/PB.

A Reclamante opõe consulta realizada pelas entidades farmacêuticas junto a câmara de regulação de mercado de medicamentos – CMED e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, questionando sobre a fixação de preços e obtiveram a resposta das fls. 257.

“A Secretaria-Executiva da CEMED entende que os preços constantes das listas da CMED não deveriam ser utilizados para fins de substituição tributária do ICMS, pois foi criada para outra finalidade metodológica, como refletir os parâmetros internacionais de precificação utilizados pela Câmara, conforme relatado na introdução desta nota. Portanto, as listas de preços da CMED não são uma proxy para preço médio de mercado e não foi constituída para tal finalidade.”

De fato, a CMED respondeu a consulta sobre os assuntos que são de sua competência. Logo, a solução da consulta da Secretaria-Executiva da CMED no que se refere à tributação é meramente opinativa, visto que a matéria tributária é de competência do ente tributante, no caso, do Estado da Paraíba.

Como visto, o Órgão Julgador não pode afastar a aplicação da lei. Assim, a aplicação da base de cálculo determinada na Lei Estadual somente pode ser afastada por decisão do poder judiciário que julgue a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma.

Apresenta, por fim, a Reclamante a argumentação de que possíveis diferenças a maior na base de cálculo dos medicamentos podem ser questionadas para fins de ressarcimento, com base na decisão do STF emanada do RE nº 593849/MG.



A judicialização de qualquer matéria tributária é um direito do sujeito passivo, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Nesse caso, o sujeito passivo alega o risco de uma futura judicialização. Entendo que essa questão extrapola a análise do presente recurso, que se pauta na legalidade da cobrança do ICMS substituição tributária e tem como objeto a análise administrativa do crédito tributário.”

Portanto, a Reclamante busca rediscutir matéria já amplamente analisada por esse Colegiado na medida de sua competência institucional, no que diz respeito ao preço estabelecido pela CMED, tendo sido decidido que a CMED é competente no âmbito tributário para estabelecer a base de cálculo de produtos farmacêuticos, conforme a legislação de regência.

Por todo o exposto,

VOTO pelo conhecimento do presente recurso de embargos de declaração, por regular e tempestivo, interposto pela empresa NAZARIA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., inscrição estadual nº 16.158.287-7, e, no mérito, pelo seu desprovimento, por ausência de quaisquer requisitos intrínsecos de admissibilidade, mantendo-se, em sua integralidade, o Acórdão 0604/2022. proferido por esta Egrégia Corte Fiscal.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 16 de maio de 2023.

Lindemberg Roberto de Lima
Conselheiro Relator