



Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA
Núcleo de Assessoramento Econômico em Regulação – NUREM

Novo modelo de cálculo do ICMS no Estado de São Paulo e seus possíveis efeitos – Vigência a partir de 01/01/2012 ¹

Pedro José Baptista Bernardo²

1. Em razão de inúmeras dúvidas suscitadas acerca dos possíveis efeitos da Portaria CAT-137, publicada em 29/09/2011, pela Coordenadoria da Administração Tributária do Estado de São Paulo, no setor de medicamentos e nos preços para o consumidor final do Programa Farmácia Popular, com ênfase nos produtos para tratamento da hipertensão e diabetes, tem esta Nota o condão de trazer subsídios para o melhor entendimento da matéria.

2. A referida Portaria altera a base de cálculo para incidência da alíquota do ICMS dos medicamentos no Estado de São Paulo e estabelece a sua vigência para o período de 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2012.

I - DOS FUNDAMENTOS

3. Cabe-nos, inicialmente, tecer alguns comentários, ainda que breves, acerca das normas legais que regem a matéria.

4. A Substituição Tributária é um instituto criado e implementado pelas Unidades da Federação antes mesmo do advento da atual Constituição Federal,

por intermédio de legislação infraconstitucional, ou seja, de Convênios e Protocolos celebrados entre os Secretários de Fazenda Estaduais.

5. Em face da eficiência desse instituto, uma vez que a sua aplicação fez diminuir a evasão fiscal e facilitou a fiscalização, a atual Constituição Federal, no seu artigo 150, § 7º, o recepcionou e incorporou definitivamente, vindo, em seguida, a Lei Complementar nº. 87/96 regulamentá-lo.

6. A Substituição Tributária é o regime pelo qual a responsabilidade pelo ICMS, devido em razão das diversas operações ou prestações de serviços, é atribuída a um único contribuinte.

7. Em relação às operações subseqüentes, a Substituição Tributária caracteriza-se pela atribuição ao primeiro na cadeia de comercialização, o fabricante ou importador, pela retenção do valor do ICMS incidente nas subseqüentes operações com a mercadoria, até sua saída destinada ao consumidor ou usuário final. (art. 6º, § 1º, da Lei Complementar nº. 87/96).

8. A precitada Lei Complementar 87/96 em seu artigo 8º, ao tratar do regime de sujeição passiva por substituição, determina que:

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

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por

órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

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

§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

9. Da leitura do referido artigo depreende-se que, como regra geral, sobre o valor de saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto incidirá uma margem formada por critérios de pesquisa de preços no mercado. Mas, como regra específica, em seu Parágrafo 2º determina 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”**.

10. Sendo assim, no caso de medicamento, o órgão público competente para estabelecer o seu preço é a Câmara de Regulação do Mercado de

Medicamentos - CMED, logo, a norma encontra-se totalmente em conformidade com a legislação vigente.

DO CÁLCULO DE PREÇO REALIZADO PELA CMED

11. O setor de medicamentos tem seus preços regulados pela CMED, conforme determina a Lei n. 10.742, de 6 de outubro 2003. Pelo critério de preço teto são estabelecidos os Preços Fábrica e os Preços Máximos ao Consumidor. Estes preços são divulgados no sitio eletrônico da ANVISA em quatro colunas e suas diferenças refletem apenas as várias alíquotas de ICMS vigentes no País, 12%, 17%, 18% e 19%.

12. No estado de São Paulo a alíquota de ICMS vigente é de 18%, o que significa dizer que o Preço Máximo ao Consumidor permitido como teto para o comércio varejista faturar, foi calculado acrescentando-se 18%, a título de recolhimento de ICMS.

DA PRÁTICA DE MERCADO

13. No setor farmacêutico, a variável fundamental no jogo mercadológico da concorrência sempre foi o marketing, enaltecendo a imagem que o produto goza junto à classe médica.

14. Assim, as atividades que dizem respeito diretamente à imagem do produto, como a divulgação e a programação visual do material distribuído, sempre foram mais importantes do que a distribuição e o preço.

15. As características técnicas complexas do produto e a necessidade de prescrição, retiram a possibilidade de escolha do consumidor e exigem a existência do consumidor substituto - o médico.

16. Com efeito, a dificuldade de desenvolvimento de pequenas empresas no mercado está relacionada com os gastos em marketing e

comercialização. Elevadas somas são utilizadas nessas atividades, como forma de inundar o médico com informações sobre os novos produtos. Como há, mesmo em relação aos médicos, significativa assimetria de informações, as prescrições tendem a direcionar o consumidor para os produtos das grandes empresas.

17. Nos últimos anos, verificou-se uma significativa mudança. Como o setor farmacêutico no Brasil é altamente dependente de importação de matérias primas e produtos acabados e na conjuntura atual, com o dólar desvalorizado e descompressão de custos, possibilitou-se o aumento da prática comum de descontos.

18. Esta prática, utilizada inicialmente pelos produtores de medicamentos similares, se estendeu para os produtores de medicamentos genéricos. Consiste em oferecer para os distribuidores descontos acima de 50% sobre o Preço Fábrica, como forma de incentivar a venda destes produtos, em detrimento dos medicamentos de referência, que oferecem descontos próximos a 9%.

19. A estratégia dos produtores de medicamentos similares e genéricos passou a se centralizar nos distribuidores, na farmácia e no balconista, oferecendo vantagens, por meio de grandes descontos, que se diluem nestas etapas e chegam menores para o consumidor final.

20. Desde então, as empresas adotam a conduta de buscar obter os maiores preços possíveis, para divulgar, como se fossem seus preços reais, uma lista contendo preços três a quatro vezes superiores aos realmente praticados.

21. Para os medicamentos similares, essa prática vem de longa data, ocorrendo desde antes da legislação que regula o setor farmacêutico, trazida pela Medida Provisória nº. 2.138, de 18 de dezembro de 2000, convertida posteriormente na Lei nº. 10.213, de 27 de março de 2001.

22. Essa é uma conduta muito distante da saudável prática de conceder descontos, que decorre da pressão concorrencial, fato que beneficia a comercialização e o consumidor final. A divulgação de preços elevados pelos laboratórios visa permitir um grande incentivo para que os distribuidores e

farmácias adquiram os produtos que apresentem a maior vantagem, representada pela diferença entre o preço efetivamente praticado e aquele que figura na lista.

DO EFEITO DA NORMA SOBRE OS PREÇOS DO SETOR

23. A Norma Constitucional adotou o Princípio da Não-cumulatividade, pelo qual, as parcelas do imposto pagas nas operações antecedentes, originam um crédito contábil fiscal a ser abatido nas operações subseqüentes, sendo um imposto cujo ônus tributário deve recair sobre o consumidor final. Por esta razão, o grande desafio e objetivo dos estados, ao legislarem, é identificar o preço final ao consumidor sobre o qual deverá incidir a alíquota do ICMS.

24. O Estado de São Paulo, ao estabelecer a sistemática anterior (Portaria CAT nº 54/2010), baseava-se na seguinte metodologia para formar a base de cálculo do ICMS:

Art. 1º A base de cálculo para fins de retenção e pagamento do imposto relativo às saídas subseqüentes das mercadorias arroladas no item 1 do § 1º do artigo 313-A do Regulamento do ICMS, com destino a estabelecimento localizado em território paulista, será o preço praticado pelo sujeito passivo, incluídos os valores correspondentes a frete, carreto, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ao adquirente, acrescido do valor adicionado calculado mediante a multiplicação do preço praticado pelo Índice de Valor Adicionado Setorial - IVA-ST.

§ 1º para fins do disposto neste artigo, o Índice de Valor Adicionado Setorial - IVA-ST será:

1. 49,26% (quarenta e nove inteiros e vinte e seis centésimos por cento), tratando-se de medicamento de referência, conforme definido na legislação federal;

2. 68,54% (sessenta e oito inteiros e cinquenta e quatro centésimos por cento), tratando-se dos demais medicamentos, inclusive genéricos e similares, conforme definidos na legislação federal;

3. 68,54% (sessenta e oito inteiros e cinquenta e quatro centésimos por cento), tratando-se das demais mercadorias que não sejam consideradas medicamentos conforme legislação federal.

25. Já a nova sistemática, Portaria CAT-137, estabelece a base de cálculo na saída de **medicamentos e mercadorias arroladas no § 1º do artigo 313-A do Regulamento do ICMS:**

Artigo 1º - No período de 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2012, a base de cálculo para fins de retenção e pagamento do imposto relativo às saídas subseqüentes das mercadorias arroladas no § 1º do artigo 313-A do Regulamento do ICMS, com destino a estabelecimento localizado em território paulista, será:

I - tratando-se de medicamentos, conforme definido na legislação federal, relacionados na lista de preços de medicamentos submetida à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e divulgada no portal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA na internet, o valor calculado mediante a utilização dos critérios para fixação e ajuste de preços previstos nas Resoluções da CMED, aplicando-se sobre esse valor os seguintes percentuais de desconto:

Percentual (%) de Desconto

Categoria	Referência	Genéricos	Similar	Outros
Positiva	21,91	31,83	19,86	22,94
Negativa	16,53	26,39	16,85	18,23
Neutra	20,32	28,17	16,93	20,52

26. Assim, o sistema atual segue a Norma Constitucional, que recomenda usar o preço final ao consumidor, único ou máximo, quando este seja fixado por órgão público competente. E ainda demonstrou preocupação com o

consumidor, ao conceder um desconto identificado em pesquisa, sobre os Preços Máximos ao Consumidor (PMC).

27. Por outro lado, o Parágrafo 1º apresenta uma grande contradição, ao remeter a outra tabela, quando o desconto concedido pela fábrica variar de 0% a 10%:

§ 1º - Quando o valor da operação própria do substituto for igual ou superior a 90% (noventa por cento) do valor calculado nos termos do inciso I, deverá ser utilizada a base de cálculo prevista no inciso II.

II - tratando-se de medicamentos, conforme definido na legislação federal, não relacionados na lista de preços de medicamentos submetida à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, o preço praticado pelo sujeito passivo, incluídos os valores correspondentes a frete, carreto, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ao adquirente, acrescido do valor adicionado calculado mediante a multiplicação do preço praticado pelo Índice de Valor Adicionado Setorial - IVA-ST, conforme tabela abaixo:

IVA-ST				
Categoria	Referência	Genéricos	Similar	Outros
Positiva	38,48	273,95	34,64	36,08
Negativa	34,06	298,80	35,72	39,67
Neutra	36,27	286,37	35,18	37,87

28. A contrário senso, a base de cálculo anterior era condescendente para com os produtores que adotavam tais práticas, pois, como ficou demonstrado na pesquisa contratada pela Secretaria de Fazenda de São Paulo, os descontos não chegavam em sua totalidade ao consumidor, que acabava arcando com o ônus tributário. Logo, por erro de calibragem na base de cálculo, havia uma renúncia fiscal e o consumidor não se beneficiava plenamente dela.

29. No entanto, observa-se que o método atual ainda peca pela complexidade, ao introduzir tabela com doze diferentes percentuais de descontos e ainda a possibilidade de remeter o cálculo para outra tabela, com mais doze percentuais de IVA-ST, gerando, em muitos casos, bases de cálculo superiores ao PMC.

DO EFEITO DA NORMA SOBRE O PROGRAMA “AQUI TEM FARMÁCIA POPULAR”

30. Em relação aos produtos do elenco de contracepção, dislipidemia, asma, rinite, doença de Parkinson, osteoporose e glaucoma, para os quais o Ministério da Saúde pagará até 90% (noventa por cento) do valor de referência estabelecido, sendo obrigatório o pagamento, pelo paciente, da diferença entre o percentual pago pelo Ministério e o preço de venda, no mundo jurídico, não há críticas à norma, uma vez que a diferença para o preço final será paga pelo paciente, o que remete o valor final pago ao Preço Máximo ao Consumidor (PMC) aprovado pela CMED. Em conseqüência, o consumidor deverá arcar com uma parcela um pouco maior.

DO EFEITO DA NORMA SOBRE OS PRODUTOS PARA O TRATAMENTO DA HIPERTENSÃO E DIABETES NO PROGRAMA “AQUI TEM FARMÁCIA POPULAR”

31. Os medicamentos definidos para o tratamento da hipertensão arterial e/ou diabetes mellitus serão gratuitos aos usuários, conforme determina a Portaria nº 184, de 3 de fevereiro de 2011, que também estabelece o valor máximo a ser pago pelo Ministério da Saúde, sem nenhum acréscimo para o consumidor.

32. Cumpre citar novamente a Lei Complementar 87/96, que advoga 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”** e neste caso, o órgão competente para estabelecer o preço final é o Ministério da Saúde. Portanto, a base de cálculo não pode

ultrapassar o referido preço, sob pena de se calcular um imposto muito acima do valor devido e inviabilizar algumas operações.

33. A tabela abaixo demonstra a grande diferença entre o PMC fixado pela CMED e o Preço Máximo estabelecido para pagamento pelo Ministério da Saúde, no Programa Farmácia Popular. Em todos os casos, o pagamento do Ministério da Saúde se dará abaixo da média de preços e, no caso da substância Losartana, a apresentação mais cara chega a custar 11 vezes mais do que o valor que será pago. Logo, o valor do ICMS ultrapassa o preço pago pelo produto.

Substância	PMC min	PMC med	PMC max	Numero de apresentações	Preço FPB
atenolol, 25 MG	0,08	0,29	0,58	41	0,19
captopril, 25 MG	0,01	0,40	1,20	101	0,28
cloridrato de metformina, 500 MG	0,09	0,24	0,36	38	0,13
cloridrato de metformina, 850 MG	0,09	0,31	0,52	54	0,16
cloridrato de propranolol, 40 MG	0,02	0,12	0,25	43	0,08
glibenclamida, 5 MG	0,01	0,15	0,27	35	0,12
hidroclorotiazida, 25 MG	0,01	0,11	0,20	36	0,08
losartana potássica, 50 MG	0,31	0,99	3,48	58	0,32
maleato de enalapril, 10 MG	0,04	0,54	1,57	59	0,39

CONCLUSÃO

34. Diante do exposto, pode-se concluir que o ICMS, tributo com previsão Constitucional de competência legislativa dos Estados e do Distrito Federal, trata-se de um imposto não-cumulativo, cujo ônus tributário deve recair sobre o consumidor final.

35. A metodologia utilizada pelo Estado de São Paulo está ancorada nas normas aplicáveis à matéria, tendo-se demonstrado, inclusive, alguma cautela, ao

aferir o desconto médio obtido pelo consumidor através de pesquisas de preço na operação final.

36. O desconto médio obtido pelo consumidor foi preservado pela norma, através da complexa tabela de descontos publicada, por categoria de medicamentos, mas contraditoriamente anulado nos casos inclusos no § 1º do art. 1º.

37. Em relação à base de cálculo para o ICMS, a norma proposta representa um benefício ao consumidor, quando estabelece como base de cálculo o preço informado pela empresa à CMED. Dessa forma, às empresas que mantêm tabelas com preços muito superiores aos preços realmente praticados, com objetivo de oferecer ganhos extras para distribuidores e farmácias, restará a opção pela redução dos preços de tabela para valores mais próximos dos valores reais e, com isso, pagarem menos impostos.

38. Inversamente, a sistemática anterior mostrava-se demasiadamente injusta para com o consumidor, que se via obrigado a pagar um imposto que não era efetivamente recolhido e, em relação às empresas, incentivava uma prática pérfida de concorrência, prejudicando as empresas que adotam práticas comerciais mais transparentes.

39. As práticas transparentes aqui referidas devem ser entendidas como as de remunerar os distribuidores com valores correspondentes ao trabalho efetivamente realizado por eles, não oferecendo vantagens pagas com a renúncia tributária do Estado, em detrimento ao consumidor.

40. Quanto ao seu efeito sobre os produtos para o tratamento da hipertensão e diabetes no Programa “Aqui Tem Farmácia Popular”, identificamos um problema na norma, que deveria excepcionar as vendas realizadas nesta operação. Caso contrário, estará adotando uma base de cálculo equivocada e superior ao valor do preço final pago pelo Ministério da Saúde.

41. Ainda em relação aos produtos para o tratamento da hipertensão e diabetes do referido Programa, os valores utilizados para a correta base de cálculo devem ser os preços publicados no Anexo I da Portaria nº 184, de 3 de fevereiro de 2011, do Ministério da Saúde, aqui figurando como órgão público competente para fixar o preço final, conforme rege a legislação sobre a matéria.

42. Obviamente, não foi uma modificação que tenha optado pela simplificação e vai gerar muitos transtornos na parte operacional.

43. Finalmente, a utilização de uma base de cálculo mais elevada irá aumentar significativamente a arrecadação e só se justificaria se viesse acompanhada de redução da alíquota nominal para 12%, dispensando a utilização das respectivas tabelas, como já foi feito pelo estado do Paraná. Esta medida torná-la-ia mais compatível com o tipo de produto que é essencial ao bem estar dos portadores de doenças que são os cidadãos mais fragilizados do país.

¹ Este texto não tem caráter vinculativo

² Chefe do Núcleo de Assessoramento Econômico em Regulação - Agência Nacional de Vigilância Sanitária