

AI Nº - 281331.0301/13-4
AUTUADO - MULTILAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTES - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA e JOÃO MARLITO MAGALHÃES DANTAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09/10/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0155-05/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Nas operações interestaduais com medicamentos, a base de cálculo para fins da antecipação tributária obedece à Cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94, e será o valor constante na tabela de preços sugerido pelo fabricante e publicado em revistas específicas. Rejeitada a preliminar de nulidade do lançamento. Indeferido os pedidos de perícia e de pesquisa de preços. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 04/03/2013, para exigir ICMS no valor principal de R\$7.010.768,76, com a seguinte imputação:

INFRAÇÃO 1 – “*Procedeu retenção a menor de ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Conforme demonstrado resumidamente na Tabela 1 – Quadro resumo ICMS-ST retido a menor (pág. 8) e demonstração analítica nos Relatórios de Apuração do ICMS retido a menor 2009 e 2010 (págs. 9 a 36)*” . Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e”, da Lei nº 7.014/96.

O autuante acrescentou no corpo do Auto de Infração a seguinte informação: “*Esta fiscalização teve como base os dados obtidos na base corporativa da NF-e da SEFAZ-Ba, arquivos magnéticos com as informações do PMC – Preço Máximo de Venda a Consumidor Final da ABCFARMA e informações eletrônicas do contribuinte constante da base corporativa da SEFAZ-Ba*”.

Cientificado do Auto de Infração através de “AR” (aviso de recebimento), datado de 19/03/13, o contribuinte, através de advogado, ingressou com defesa administrativa, apensada às fls. 48 a 75 dos autos. Após fazer uma síntese dos fatos que motivaram a exigência fiscal, a autuada impugnou o ato de lançamento argüindo que:

- a) o Auto de Infração ora impugnado não preenche os requisitos formais que lhes são inerentes, por (i) não descrever de forma clara, objetiva e suficiente os fatos considerados como infração, e (ii) não indicar os dispositivos da legislação tributária infringidos, deixando de observar, ao assim proceder, o disposto no art. 129, § 1º, incs. III e V, da Lei Estadual nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) c/c art. 39, incs. III e V, do Decreto nº 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal);
- b) o critério adotado pelos Auditores Fiscais autuantes para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST - o valor do Preço Máximo de Venda ao Consumidor Final publicado nas Revistas da ABCFARMA - não pode ser validamente aceito, eis que COMPROVADAMENTE não reflete a MÉDIA dos preços praticados pelo mercado varejista (substituído – farmácias e drogarias). De acordo com a hipótese normativa prevista no art. 23, § 3º, da Lei Estadual nº 7.014/96 (com redação vigente até 31.03.2010), o valor do PMC somente PODERÁ ser utilizado para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST *desde que, COMPROVADAMENTE seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído*.

Ao desenvolver os argumentos defensivos a autuada sustenta, em razões preliminares, que não é possível inferir com a clareza e precisão necessárias a infração que a impugnante teria cometido. Neste contexto questiona ainda “*qual a conduta a impugnante, na condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS incidente sobre as operações subsequentes, teria praticado para resultar na retenção a menor do ICMS-ST? Ter se creditado indevidamente de ICMS? Ter adotado alíquota menor que a prevista para a operação realizada? Ter adotado base de cálculo diversa da prevista na legislação?*”.

Requer por estes motivos, que o Auto de Infração seja considerado nulo tendo em vista não descrever de forma “*clara, objetiva e suficiente o fato praticado pela impugnante nem tampouco aponta com precisão os dispositivos legais e regulamentares infringidos*”.

Dentre outras observações, registra a alta complexidade do regime de tributação sobre as operações com medicamentos. Pondera ainda ter efetuado “verdadeira revisão/auditoria” no Auto de Infração em discussão ao tempo em que propõe comprovar que o PMC – Preço Máximo de Venda ao Consumidor Final – não “*reflete a média dos preços praticados pelos estabelecimentos varejistas*” e por isso não deveria ser utilizado na determinação da base de cálculo do ICMS-ST.

Cita o art. 155, inc. II da Constituição Federal de 1988 que explicita ser o ICMS um imposto que incide sobre operações de natureza mercantil, relativas à circulação de mercadorias para constatar, no seu entendimento, que a mesma regra limita e impede o ente político titular da competência tributária de “*tributar outras situações de fato e de direito não previstas na hipótese de incidência rigidamente posta na Constituição Federal*”.

Quanto à base de cálculo a defesa sustenta que independente do regime de tributação adotado-ordinário, conta gráfica ou substituição tributária - o ICMS deve incidir sobre o valor da operação. Fez a seguinte transcrição “... *mesmo para fins de determinação da base de cálculo do imposto de responsabilidade por substituição tributária, outro valor que, comprovadamente, não corresponda ao valor da operação, como é o caso da utilização do denominado PMC, implica em insuportável desvirtuamento da regra de competência outorgada pela Lei Suprema...*”.

Propõe demonstrar a inadequação legal do uso do PMC – Preço Máximo de Venda a Consumidor Final sugerido pelo fabricante, na formação da base de cálculo do ICMS ST. Referindo-se a diversos dispositivos legais de caráter ordinários e complementares o nobre defendente busca impugnar o uso do PMC para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, nas operações com medicamentos, pois entende não refletir os preços verdadeiramente praticados no mercado varejista.

A defendant registra que PMC, por não refletir os preços praticados pelo mercado varejista, “*não pode ser validamente utilizado para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST nas operações com medicamentos genéricos e similares, devendo, pois, ser julgado totalmente improcedente o Auto de Infração ora impugnado, sob pena de flagrante violação aos princípios da legalidade, da capacidade contributiva, do não-confisco, da razoabilidade e da livre concorrência*”.

Completa, a defesa, argumentando que somente poderia a lei estabelecer o uso do PMC na determinação da base de cálculo do ICMS-ST se este mantivesse compatibilidade com a média dos preços praticados pelo mercado varejista. Assim, por entender haver “... *discrepância entre o Preço Máximo de Venda a Consumidor (PMC) sugerido pelo fabricante e o valor real da operação promovida pelo substituído tributário...*” não pode o PMC “*servir como critério válido para efeito de quantificação do ICMS-ST, sob pena de flagrante violação aos princípios da legalidade, da capacidade contributiva, do não-confisco, da razoabilidade e da livre concorrência*”.

Buscando demonstrar a diferença de preços praticados pelo mercado varejista e o Preço Máximo de Venda a Consumidor Final informado pela indústria – PMC, a autuada apresenta e anexa informações, por ela selecionadas, em uma Pesquisa de Preços de Mercado realizada pelo

PROCON, órgão vinculado à Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado da Bahia. Anexou também Pesquisa de Preços de Mercado realizada pelo Instituto Nielsen para subsidiar as tratativas que a Associação dos Distribuidores de Medicamentos do Estado do Rio Grande do Sul – ADIMERS desenvolveu com a Secretaria da Fazenda daquele Estado e refere-se ainda à lista de preços anexa à Portaria nº 184, do Ministério da Saúde, editada em 04.02.2011, que dispõe sobre o Programa Farmácia Popular do Brasil, contendo os valores pagos pelo Ministério da Saúde a título de reembolso às farmácias credenciadas no referido Programa.

A autuada refere-se ao Decreto nº 11.872 de Dezembro 2009 (doc. 12), que dispõe sobre o regime especial de tributação de produtos farmacêuticos, por entender ser este instrumento legal o reconhecimento, por parte Estada da Bahia, da discrepância entre o valor do PMC e a média dos preços praticados pelo mercado varejista. Busca, o nobre defendente, a prerrogativa da aplicação dos benefícios do referido Decreto nas suas operações mercantis com contribuintes do estado da Bahia. Registra ainda, consulta feita por correio eletrônico ao Plantão Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sobre a possibilidade de uso dos benefícios do Decreto nº 11.872 às operações promovidas pela impugnante.

Solicita a produção de prova pericial, sobretudo com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa, a realização de pesquisa de preços de mercado, a fim de que se estabeleça, com precisão, a média dos preços rotineiramente praticados pelo varejo considerado.

Ao finalizar requer seja acolhida a preliminar de nulidade do Auto de Infração e que seja reconhecida a ilegalidade do denominado Preço Máximo a Consumidor final sugerido pelo fabricante PMC para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST em relação às operações com medicamentos similares e genéricos. Requereu, ainda, que seja oportunizada a produção de Pesquisa de Preços de Mercado, por ser imprescindível à solução da controvérsia suscitada nesta defesa.

Anexou ao à peça impugnatória os seguintes documentos:

01. *Procuração e Contrato Social;*
02. *Lei nº 10.742/2003 e Resolução CMED nº 02/2009;*
03. *Parecer Jurídico do Prof. HUMBERTO ÁVILA;*
04. *Parecer Jurídico do Prof. EDVALDO PEREIRA BRITO;*
05. *Pesquisa de Preços de Mercado elaborada pelo PROCON do Estado da Bahia;*
06. *Pesquisa de Preços de Mercado elaborada pelo Instituto NIELSEN;*
07. *Portaria n. 184, do Ministério da Saúde – Programa Farmácia Popular do Brasil;*
08. *Nota Fiscal n. 23.632;*
09. *Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Apelação Cível nº 70039629415;*
10. *Decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria versada na presente ação;*
11. *Decisão do Tribunal de Contas da União (TCU);*
12. *Decreto (BA) nº 11.872/09 e Relação de empresas que detém Regime Especial;*
13. *Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que entendeu que a matéria versada nesta defesa depende de prova – Apelação Cível nº 70015741796.*

Foi prestada informação fiscal em 22/07/2013, peça juntada às fls. 306 a 313 dos autos.

De modo preliminar os autuantes salientaram que “... a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal...” (Art. 143 do Decreto nº 7.629 de 09 de julho 1999 – RPAF).

Contestaram o pedido da autuada quanto a preliminar de nulidade com base nas seguintes premissas;

- O Estado do Rio Grande do Sul é e era signatário do Convênio ICMS 76/94 à época do período fiscalizado.
- A empresa autuada é contribuinte regularmente inscrito, sob o nº 056.791.075 CS, no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário estando, portanto, subordinado ao cumprimento das normas dispostas no retro-citado Convênio, bem como as do

Convênio ICMS 81/93 que estabelece as normas gerais da substituição tributária nas suas operações mercantis para o Estado da Bahia com os produtos a eles vinculados.

- A ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação.
- Foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização com a devida ciência da autuada em 04/01/2013, conforme documento na página 7.
- Consta a descrição dos fatos, bem como o correto enquadramento e tipificação da multa no próprio Auto de Infração.

Ainda em resposta aos questionamentos da defendant de que o Auto de Infração não aponta com precisão os dispositivos legais e regulamentares infringidos e que não deixa de forma clara, objetiva e suficiente o fato praticado pela impugnante, frisaram que “*o enquadramento legal apontado no PAF, ‘Cláusulas segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS nº 76/94 e alterações posteriores’*”, tratam - da obrigatoriedade da substituição tributária nos casos previstos, dos prazos ou momento de recolhimento do tributo e da base de cálculo - estando perfeitamente caracterizada a infração. Salientaram ainda que o enquadramento é automatizado de acordo com a característica da infração pelo Sistema SEAI da SEFAZ (Secretaria da Fazenda).

Quanto ao reclame que o presente Auto de Infração não deixa de forma clara, objetiva e suficiente o fato praticado pela impugnante, não concordaram com essa contestação, tendo em vista que foram acostadas ao presente processo todas as informações necessárias, de caráter sintético e analítico para o total, fácil e claro entendimento da evasão fiscal cometida. Frisaram que foram anexados ao processo, especificamente na página 8, resumo mês a mês dos valores apurados, que serviram como base para a construção do Auto de Infração. Lembraram ainda que o Auto de Infração faz referência a este quadro resumo inclusive indicando a página do processo. Nas páginas 9 a 36 consta o relatório de caráter analítico, que demonstra a “Apuração do ICMS ST Retido a Menor”, sendo que no PAF estão anexadas apenas a primeira folha e as totalizações mensais deste relatório, embora tenha sido entregue, em meio magnético, à autuada e acostado ao PAF (págs. 37 a 39), os demonstrativos analíticos em sua totalidade.

Como forma de esclarecer, dirimindo possíveis dúvidas sobre a metodologia do processo de auditoria, acostaram ao PAF as seguintes outras informações (pág. 8):

- 1) Os dados foram obtidos na base corporativa de NF-e da SEFAZ-Ba.
- 2) Todos os esclarecimentos sobre as informações do relatório constam em legenda após as totalizações final dos relatórios.

Ainda como forma de não suscitar quaisquer dúvidas quanto ao conteúdo dos relatórios anexados constou, na última página do relatório de “Apuração do ICMS ST Retido a Menor”, “LEGENDA” (pág. 36) com informações detalhadas das nomenclaturas usadas e esclarecimentos necessários, dos relatórios. Os demonstrativos analíticos trazem informações de cada Nota Fiscal, item a item, com as alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada e reduzida e o ICMS-ST encontrado. Nele consta detalhadamente, passo a passo, por coluna, toda a etapa do cálculo do ICMS ST devido. Constam ainda informações de ano, mês e dia, número da nota fiscal, código do produto, data do lançamento, CNPJ e nome da empresa destinatária, UF de destino e alíquota interna e de origem.

Cada NF traz os itens separadamente, por linhas, e os valores dos cálculos intermediários para a devida clareza e compreensão do procedimento fiscal.

Tais demonstrativos, segundo os autuantes, apresentam todas as informações necessárias e suficientes para a clareza e fácil compreensão dos cálculos utilizados para a obtenção do resultado. Salientaram que o modelo utilizado é o padrão da Sefaz e é gerado automaticamente pelos nossos sistemas.

Assim, não procedeceria, sob nenhum aspecto, a petição de nulidade do processo por erro no enquadramento e tipificação da inflação e da falta de informação para conclusão dos procedimentos de cálculos do imposto devido.

Para os autuantes este entendimento se encontra corroborado na declaração do nobre defendente em sua peça de defesa, especificamente à pagina 55, onde afirma ter se debruçado “... sobre o Auto de Infração ora hostilizado, efetuando uma verdadeira revisão/auditoria no mesmo ...” e posteriormente afirmado que “... a impugnante constatou que os Auditores Fiscais autuantes apuraram diferenças de parcelas de ICMS de responsabilidade por substituição tributária (ICMS-ST) em virtude da aplicação, para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, do valor correspondente ao Preço Máximo ao Consumidor Final sugerido pelo fabricante (PMC) publicado nas Revistas da ABCFARMA, circunstância esta que, na percepção do Fisco, teria ensejado a retenção a menor do ICMS pela ora impugnante”.

Para os autuantes ficou patenteada a possibilidade de análise e entendimento do Auto de Infração por parte da autuada que infere, corretamente, o trabalho da auditoria. Assim, não haveria porque se falar que o PAF não deixa de forma clara, objetiva e suficiente o fato praticado pela impugnante, sendo incabível o pedido de nulidade.

Quanto ao mérito, os autuantes também não concordaram com as premissas de ilegalidades levantadas pela defendente. Frisaram não competir aos auditores fiscais, enquanto servidores públicos, com atividade vinculada, discutir a legalidade de normas, independentemente de seu aspecto ordinário ou complementar ou mesmo colegiada. Afirmaram que a sua competência e consequentemente obrigação é auditar e dentro do entendimento legal imposto verificar o correto cumprimento dos ditames legais. Foi o que fizeram neste Auto de Infração: a identificação as infrações fiscais cometidas pela autuada previstas na legislação vigente.

Quanto a pontos específicos, levantados pela defesa da autuada, frisaram que em nenhum momento houve discordâncias quanto aos aspectos materiais e probatórios do trabalho executado pela auditoria. A discussão que foi trazida peça defesa, segundo os autuantes, extrapola o âmbito deste PAF e assim não poderiam, por questão de dever, enveredar nesta polêmica.

Enfatizaram que na ação fiscal empreendida lhes competia tão somente identificar qual o PMC correto vigente na época da venda efetuada pela autuada, calcular o valor do ICMS ST devido ao Estado da Bahia, dentro da legislação vigente, e fazer a comparação com o valor efetivamente retido e pago pela empresa, tendo sido este trabalho que fizeram e demonstrara no Auto de Infração, de forma clara e objetiva.

Finalizaram registrando que não se justificar o argumento da autuada de uso dos benefícios determinados pelo Decreto Estadual nº 11.872 de dezembro de 2009, tendo em vista que:

- 1) A autuada não é uma distribuidora de medicamentos localizado neste Estado como determina o decreto em pauta;
- 2) Não podem as distribuidoras de medicamentos localizadas no Estado da Bahia, mesmo com termo de acordo assinado com esta unidade federativa, se responsabilizarem pela antecipação, dispensado a autuada da obrigação de Substituto Tributário, pois não há protocolo assinado entre a Bahia e o Rio Grande do Sul como preconiza o Art. 2º do Decreto em discussão.

“Art. 2º Havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial de tributação, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto neste Decreto.”

Quanto ao pedido de perícia frisaram mais uma vez não concordaram com a postulação da autuada, ressaltando não competir aos auditores autuantes opinar e sequer determinar a realização de perícia técnica ou mesmo de pesquisa de preços de mercado para comprovar o que não é necessário se comprovar, pois a legislação, na análise dos autuantes, não deixa dúvidas quanto à metodologia a ser adotada para determinação da base de cálculo do ICMS ST.

Ao finalizaram e peça informativa, formularam pedido pela Procedencia do Auto de Infração em lide.

VOTO

O Auto de Infração em lide versa sobre a exigência de ICMS por substituição tributária (ICMS-ST), nas operações com medicamentos da linha humana, em operações interestaduais, regidas pelo Convênio ICMS 76/94, de que são signatários, à época da ocorrência dos fatos geradores, o Estado do Rio Grande do Sul, onde se localiza o remetente (autuado) e o Estado da Bahia, onde estão estabelecidos os contribuintes destinatários dos produtos (contribuintes substituídos).

O cerne da controvérsia gravita em torno da apuração da base de cálculo do ICMS-ST, defendendo a empresa a aplicação do valor da operação e os autuante o uso do PMC (preço máximo de venda a consumidor), informado pelos fabricantes de medicamentos.

Na peça de defesa o autuado argüiu nulidades do procedimento fiscal e, no mérito, se insurgiu com o uso do PMC como critério de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, conforme se encontra detalhado no Relatório.

No que concerne aos vícios da autuação apontados na impugnação não as acolho pelas razões a seguir expostas. O enquadramento legal apontado no PAF, ‘*Cláusulas segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS 76/94 e alterações posteriores*’, tratam - da obrigatoriedade da substituição tributária nos casos previstos, dos prazos ou momento de recolhimento do tributo e da base de cálculo - estando perfeitamente caracterizada a infração do ponto de vista formal e em conformidade com o sistema de geração do Auto de Infração da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

No aspecto probatório, conforme ressaltaram os autuantes, na fase de informação fiscal, foram acostadas ao presente processo todas as informações necessárias, de caráter sintético e analítico para o total, fácil e claro entendimento da ação fiscal empreendida. Encontra-se anexado ao presente processo, especificamente na página 8, o resumo mês a mês dos valores apurados, que serviram de base para a construção do Auto de Infração.

O Auto de Infração faz referência a este quadro resumo, inclusive, indicando a página do processo. Nas páginas 9 a 36 consta o relatório de caráter analítico, que demonstra a “*Apuração do ICMS ST Retido a Menor*”, sendo que no PAF estão apensados apenas a primeira folha e as totalizações mensais deste relatório. Entregue, em meio magnético, à autuada, e acostado ao PAF (págs. 37 a 39), os demonstrativos analíticos em sua totalidade. Os dados foram obtidos na base corporativa de NF-e da SEFAZ-Ba.

Os demonstrativos analíticos, por sua vez, trazem informações de cada Nota Fiscal, item a item, com as alíquotas, quantidades, valor da operação, valor do PMC ou MVA, a BC-ST calculada e reduzida e o ICMS-ST encontrado. Nele consta detalhadamente, passo a passo, por coluna, todas as etapas do cálculo do ICMS-ST devido. Constam ainda informações de ano, mês e dia, número da nota fiscal, código do produto, data do lançamento, CNPJ e nome da empresa destinatária, UF de destino e alíquotas interna e de origem.

Assim, não procede, sob nenhum aspecto, a petição de nulidade do processo por erro no enquadramento e tipificação da inflação e da falta de informação para conclusão dos procedimentos de cálculos do imposto devido.

Conforme enfatizaram os autuantes: “*Corrobora esse entendimento a declaração da empresa em sua peça de defesa, especificamente à pagina 55*”, onde declara ter debruçado “... sobre o Auto de Infração ora hostilizado, efetuando uma verdadeira revisão/auditoria no mesmo ...” e posteriormente afirmando que “... a impugnante constatou que os Auditores Fiscais autuantes apuraram diferenças de parcelas de ICMS de responsabilidade por substituição tributária (ICMS-ST) em virtude da aplicação, para fins de determinação da base de cálculo do ICMS-ST, do valor correspondente ao Preço Máximo ao Consumidor Final sugerido pelo fabricante (PMC)

publicado nas Revistas da ABCFARMA, circunstância esta que, na percepção do Fisco, teria ensejado a retenção a menor do ICMS pela ora impugnante”.

Portanto, ficou patenteada a possibilidade de análise e entendimento do Auto de Infração por parte da autuada. Assim, não há porque se falar que o presente PAF não deixa de forma clara, objetiva e suficiente o fato praticado pela impugnante, sendo incabível o pedido preliminar de nulidade.

No mérito, a impugnação interposta pelo sujeito passivo, em síntese, consiste em aduzir ser é ilegal a base de cálculo utilizada para apuração do imposto exigido, formada a partir dos Preços Máximos de Venda ao Consumidor (PMC), divulgados pela Revista ABCFARMA.

Da análise das razões defensivas, constato que as mesmas são incapazes de modificar o lançamento de ofício, a qual se encontra devidamente fundamentada, uma vez que:

1. O art. 11 da Lei nº 7.014/96 dispõe que “*Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento*”. Por sua vez, o art. 353, II, item 13, do RICMS/BA, prevê a substituição tributária por antecipação nas saídas internas para os produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário.
2. Em harmonia com tais dispositivos, o art. 61, § 2º do RICMS/97 explicita que a determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária de produtos farmacêuticos especificados no item 13 do inc. II do art. 353 será feita em consonância com o Convênio ICMS 76/94 e suas alterações posteriores.
3. Já o Convênio ICMS 76/94, em sua cláusula segunda, prevê que 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. Por outro lado, o § 1º da cláusula segunda determina que inexistindo o valor de que trata o “caput” a base de cálculo será obtida, tomndo-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do IPI, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas apresentadas.
4. É notório que os medicamentos de uso humano possuem preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial, conforme revista da ABCFARMA, por exigência da CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos), consoante Lei nº 10.742/2003, os quais equivalem ao preço máximo oficial permitido pelo Governo Federal, fixado por conduto de resoluções, nas quais são indicados os divisores variáveis vigentes para cada período, qualidade que habilita na composição da base de cálculo em questão, nos exatos termos prescritos pela LC nº 87/96, cujo valor máximo fixado para comercialização pode vir a não corresponder exatamente ao preço praticado no mercado, sendo-lhe inferior ou superior, porém, em qualquer hipótese, encerra-se a fase de tributação da mercadoria, nos termos do art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 7.014/96, sendo assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador presumido não chegar a se realizar, consoante art. 12 do citado diploma legal.
5. Todavia, ainda que as listas da revista ABCFARMA não refletissem os PMC estabelecidos pelo órgão público regulador, não haveria qualquer irregularidade na determinação da base de cálculo por meio de tais valores, pois, nesta hipótese, estes se enquadrariam no quanto previsto no § 3º do art. 8º da LC nº 87/96, sendo considerados “*preço final a consumidor*”

sugerido pelo fabricante ou importador”, que a lei estadual ficou autorizada a adotar como base de cálculo da substituição tributária.

6. Tal mecanismo, é importante registrar, não se identifica, em absoluto, com a instituição de pauta fiscal, pois não se trata de uma operação presente, mas sim diante de operações futuras, cujos elementos quantitativos são desconhecidos, tendo, assim, que ser estimados por presunção, o que é inerente à própria sistemática da substituição tributária, pois indispensável à sua viabilização.
7. É de se ressaltar ainda que a base de cálculo do ICMS-ST sofre redução de 10% (dez por cento), contemplando exatamente as possíveis divergências que possam ocorrer entre o valor sugerido pelos fabricantes e o preço efetivamente praticado na venda a varejo, em razão de descontos, abatimentos, promoções etc.

Assim, diante do exposto, conclui-se que a base de cálculo, definida na lei, para medicamentos, é preço máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial e divulgado ao público, que, no caso concreto, é superior ao utilizado pelo autuado. Somente em caso de inexistir aquele valor é que a base de cálculo será obtida, tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, neste preço, incluídos o valor do IPI, o frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de um dos percentuais indicados nas tabelas apresentadas no próprio Convênio ICMS 76/94, consoante § 1º da referida cláusula segunda.

Partindo-se da premissa de que a base de cálculo do ICMS-ST fixada a partir dos preços sugeridos pelo fabricante é legal não há justificativas para se apreciar pedido de realização de perícia ou pesquisa de preços.

Frente ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281331.0301/13-4, lavrado contra **MULTILAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$7.010.768,76, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2013.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR