

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.654/10/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000213819-48
Impugnação: 40.010123197-75
Impugnante: Unno Farmacêutica Ltda
IE: 001028157.00-51
Proc. S. Passivo: Kelly Silveira Gomes Figueiroa
Origem: PF/Antônio Reimão de Melo - Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatação de recolhimento a menor do ICMS devido a título de substituição tributária na entrada da mercadoria no Estado de Minas Gerais nos termos do item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56 da Lei n.º 6.763/75 mantidas em parte conforme reformulação do crédito tributário elaborada pelo Fisco que alterou a base de cálculo inicialmente adotada. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS devido no momento da entrada em Minas Gerais das mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais n.ºs 007443, 007432, 007442 e 007433, emitidas por Laboris Farmacêutica Ltda., com destino ao sujeito passivo – Unno Farmacêutica Ltda.

Exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 20/32, em síntese, aos argumentos que se seguem:

- tem por objetivo social a comercialização, por atacado, de drogas, medicamentos e correlatos, sendo que 90% (noventa por cento) de suas atividades é voltada à participação em licitações públicas promovidas por órgãos das esferas federal, estadual e municipal;

- dadas as características do negócio, conforme art. 59, § 3º do Anexo XV do RICMS/02, requereu à Superintendência Regional da Fazenda o seu enquadramento como "Distribuidor Hospitalar", o que foi deferido (Ofício DF/BH-4 nº 180/08);

- cumpre fielmente a exigência de comprovação trimestral de que, no mínimo, 70% (setenta por cento) de sua receita operacional é decorrente de vendas destinadas a hospitais, clínicas e/ou órgãos da Administração Pública;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- baseado neste enquadramento, bem como na substituição tributária que lhe é aplicável nos termos do item 15.1, Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, foram efetuadas as operações de compra e venda consubstanciada nas notas fiscais autuadas;
- a mercadoria foi regularmente transportada, tendo sido verificada no Posto Fiscal, carimbadas as respectivas notas fiscais e liberadas, mas, apesar da absoluta legalidade do procedimento adotado no cálculo e recolhimento do ICMS, bem como da sua aprovação tácita por parte da Fiscalização, foi lavrado o presente Auto de Infração;
- entretanto, o equívoco do Sr. Fiscal residiu na aplicação incorreta da base de cálculo e da alíquota interna do ICMS, previstos para a operação, o que levou à apuração do imposto em valor infinitamente maior que o determinado por lei;
- se comparada a presente autuação com outra recebida anteriormente, de nº 02.000213730-31, realizada no mesmo Posto Fiscal, verifica-se que a Fiscalização Estadual aplicou procedimento diverso para situação idêntica;
- o cancelamento do Auto de Infração se impõe, por ter sido lavrado em flagrante contrariedade à legislação vigente à época da fiscalização;
- a Fiscalização utilizou como base de cálculo do ICMS/ST o "valor total dos produtos", e não o "valor total das notas", como deveria ser, já que neste último estão considerados os descontos comerciais concedidos pelo vendedor e reflete o preço real praticado pelo remetente na operação;
- a Fiscalização considerou como base de cálculo, incorretamente, o preço cheio/bruto das notas fiscais, e não o preço efetivo de venda praticado pelo remetente, infringindo o art. 59, inciso IV do Anexo XV;
- a base de cálculo eleita pela Fiscalização afrontou também o disposto no art. 19, inciso I, letra b, item 3 do Anexo XV do RICMS;
- embora tenha agido com acerto no momento posterior, acrescentando à base de cálculo a Margem de Valor Agregado de 29% (vinte e nove por cento), o resultado da operação foi comprometido pelo equívoco inicial do Agente Fiscal, devendo ser corrigido;
- não se discute a aplicabilidade do art. 42 ao caso, haja vista o conteúdo e teor do Ofício DF/BF-4 nº 180/08, a correspondência datada de 02 de julho de 2008 e das Notas Fiscais nºs 007443, 7432, 7442, 7433;
- e considerando que o Decreto nº 44.754/08 entrou em vigor em 27/03/08, vigindo até 31/05/08, quando editado o Decreto nº 44.823/08, não resta dúvida de que a alíquota interna aplicável à operação objeto de autuação era de 12% (doze por cento);
- o art. 20, inciso I do Anexo XV do RICMS, apontado pela Fiscalização como infringido foi observado e o imposto recolhido correspondeu ao valor da diferença entre o imposto calculado mediante a aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente;
- considerando que as GNREs comprovam o pagamento do imposto no dia 07 de maio de 2008, isto é, em data anterior à entrada das mercadorias no território

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mineiro, ficam também afastadas as alegadas infringências aos arts. 14, 16, IX e XIII e 46. 11 do Anexo XV do RICMS.

- considerando que o imposto foi corretamente recolhido, nos exatos termos da lei, seja quanto ao valor, seja quanto ao prazo, não se pode falar em descumprimento de obrigação tributária por insuficiência de recolhimento, tampouco em aplicação de Multa de Revalidação prevista no art. 56, II da Lei 6.763/75, e cobrança de juros.

Ao final, requer o acolhimento da impugnação com o cancelamento da exigência fiscal e a restituição da Taxa de Expediente recolhida na forma do item 2.21 da Tabela A da Lei n° 6.763/75.

Às fls. 68/71, com a finalidade de analisar as informações prestadas pela defesa em especial quanto a base de cálculo do ICMS/ST da operação objeto da lide, a Impugnante é intimada a juntar documentos aos autos.

Às fls. 72/73, o Fisco se manifesta anexando o xerox das notas fiscais de entradas e saídas do medicamento Metilvita 250 MG CPR 50X10 (fls. 74/95).

Às fls. 97/102, o crédito tributário foi reformulado, uma vez que a Impugnante trouxe aos autos cópias de notas fiscais de venda, onde é demonstrado o preço efetivamente praticado pelo contribuinte.

Regularmente intimada (fl. 103), a Impugnante em seu aditamento a impugnação administrativa (fls. 106/111), assevera que permanece o equívoco relativo a alíquota incidente na operação autuada, ressaltando que os argumentos já foram exaustivamente demonstrados em sua impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 123/133, contrariamente ao alegado pela defesa, em síntese, aos seguintes argumentos:

- a Autuada é Distribuidora Hospitalar conforme Portaria SUTRI n° 10/08, atendendo as disposições da legislação vigente a época da ocorrência do fato gerador;

- é verídica a afirmação de que as mercadorias foram verificadas no Posto Fiscal, sendo carimbadas suas notas fiscais e liberadas sem qualquer oposição dos Srs. Fiscais, vez que a ação fiscal trata-se de exigência de ICMS/ST complementar pela falta de seu recolhimento integral, sendo que o destinatário de tais mercadorias encontra-se inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, não carecendo da retenção das mercadorias conforme previsto no art. 203 do RICMS/02, mas o Fisco verificou a ocorrência de infração a legislação tributária e lavrou Auto de Infração, pois não houve aprovação tácita da operação sob comento;

- a Constituição Federal de 1988 em seu inciso II do art. 155 atribui competência aos Estados e ao Distrito Federal para a instituição do ICMS, sendo que a alínea "b" do inciso XII do § 2º do mesmo artigo estabelece que caberá a lei complementar dispor sobre substituição tributária;

- a Lei Complementar n.º 87/96 em seu art. 6º atribuiu competência às unidades federadas para elegerem os contribuintes, mercadorias, bens e serviços sujeitos a substituição tributária, sendo que Minas Gerais, o fez pela Lei n.º 12.423/96;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Lei Complementar n.º 87/96 em seus arts. 8º, 13, 15 e 18, trata da base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária;

- o Estado de Minas Gerais, através do Decreto n.º 44.147/05, estabeleceu a base de cálculo nas operações com medicamentos destinados a Distribuidores Hospitalares, conforme inciso IV do art. 59 do Anexo XV vigente a época e estabeleceu a Margem de Valor Agregado de 29% (vinte e nove por cento) sobre o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, não havendo qualquer menção a descontos;

- na referida operação o desconto concedido foi da ordem de 87,89% (oitenta sete inteiros e oitenta nove centésimos por cento), e ainda, nesta operação foram transacionados 32.000 (trinta e dois mil) caixas de Metilvita 250 mg comprimidos;

- no entanto, a alínea “a” do inciso II do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n.º 87/96, que trata da base de cálculo do ICMS, afirma que integram a base de cálculo do ICMS o valor correspondente aos descontos concedidos sob condição, o que é ratificado pela alínea “b” do inciso I do art. 50 da Parte Geral do RICMS e, diante deste fato, a Autuada foi intimada a apresentar a comprovação do pagamento de tais mercadorias ao fornecedor, provando-se este preço praticado pelo remetente/fornecedor e também os arquivos magnéticos relativos a todas as operações;

- da análise de tais documentos fiscais verifica-se que o preço praticado pela Autuada nas vendas do referido produto é de R\$ 24,945 (vinte e quatro reais e novecentos e quarenta e cinco centavos) quando o valor médio de aquisição deste e objeto deste PTA é de R\$ 23,697 (vinte e três reais e seiscentos noventa sete centavos), o que demonstra uma margem de valor agregado da ordem de 5,26% (cinco inteiros e vinte e seis centésimos por cento);

- não deve prevalecer a afirmação da Autuada de que houve erro na aplicação da alíquota da mercadoria, pois na redação vigente no período da ocorrência do fato gerador, a alíquota seria de 12% (doze por cento) apenas nas operações de saídas promovidas pelo distribuidor hospitalar para hospitais, órgãos públicos, clínicas, etc.;

- assim, os distribuidores hospitalares deveriam recolher o ICMS/ST medicamentos nas operações de entrada a alíquota de 18% (dezoito por cento) e quando estas mercadorias eram vendidas a hospitais, clínicas, órgãos públicos, etc., deveriam aplicar a alíquota de 12% (doze por cento) e solicitar o ressarcimento do ICMS pago antecipado a maior na entrada;

- acentue-se que se trata de operação realizada no trânsito de mercadorias e, no momento da ação fiscal, não havia como identificar se a Autuada iria destinar as mercadorias a hospitais, órgãos públicos, clínicas e etc, ou se as revenderia no varejo, ainda que cadastrado como distribuidor hospitalar, razão pela qual é correta a aplicação da legislação vigente a época e que estabelecia a alíquota de entrada de 18% (dezoito por cento);

- cita o art. 114 do Código Tributário Nacional;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a legislação relativa a penalidade poderá retroagir para beneficiar diferentemente da situação sob comento, mas não a legislação relativa a alíquota;

- discorda do levantamento da base de cálculo e ICMS/ST apresentados à fl. 29, bem como do levantamento apresentado à fl. 65 dos autos, vez que fora utilizada a alíquota de 12% (doze por cento) quando o correto é a utilização da alíquota de 18% (dezoito por cento);

- o que se busca é a verdade real, e a correção das infringências praticadas pelo contribuinte dentro dos princípios da legalidade, sabendo-se inclusive que todo procedimento administrativo pode ser revisto pela autoridade superior – autotutela, eis que o que a Administração Tributária busca é a justiça;

- o Decreto n.º 44.823/08, muito embora tenha alterado o art. 42 do RICMS, alterando a alíquota de medicamentos de 18% (dezoito por cento) para 12% (doze por cento), ao contrário do que afirma a Impugnante, não altera a alíquota aplicada no feito fiscal, isto porque foi publicado em 31 de maio de 2008 com vigência e eficácia a partir de 1º de junho de 2008.

Ao final, alterado o crédito tributário, pede a manutenção da exigência fiscal no tocante a divergência verificada por ser medida de inteira justiça.

A 1ª Câmara de Julgamento, a unanimidade, exara o despacho interlocutório de fl. 136, deferindo o requerimento de juntada dos documentos protocolados e concedendo vista ao Fisco.

Com os documentos juntados a Impugnante afirma que o presente processo administrativo tem objeto idêntico ao de nº 02.000.213730-31, que foi julgado pela improcedência do lançamento (Acórdão nº 19.405/09/1ª) e, antes do julgamento, foi proferido despacho interlocutório, determinando apresentação de documentos que comprovassem que os medicamentos constantes das notas fiscais fiscalizadas estavam acondicionados em embalagens hospitalares e que foram destinados a órgãos públicos. Sendo assim, com o intuito de agilizar o desfecho deste processo, a Impugnante junta tais documentos nos presentes autos.

O Fisco se manifesta às fls. 205/209, contrariamente ao alegado pela defesa, em síntese, aos seguintes argumentos:

- está errada a afirmação da Autuada de que houve erro na aplicação da alíquota da mercadoria quando utilizou-se a alíquota de 18% (dezoito por cento) e a nova alíquota vigente seria de 12% (doze por cento), a luz do item 47 da alínea “b” do inciso I do art. 42 do RICMS, com a redação dada pelo Decreto 44.754/08;

- na redação vigente no período da ocorrência do fato gerador, a alíquota seria de 12% (doze por cento) nas operações de saídas promovidas pelo distribuidor hospitalar para hospitais, órgãos públicos, clínicas, etc.;

- assim, os distribuidores hospitalares deveriam recolher o ICMS/ST medicamentos nas operações de entrada a alíquota de 18% (dezoito por cento) e quando estas mercadorias eram vendidas a hospitais, clínicas, órgãos públicos, etc., deveriam aplicar a alíquota de 12% (doze por cento) e solicitar o ressarcimento do ICMS pago antecipado a maior na entrada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- acentue-se que se trata de operação realizada no trânsito de mercadorias;
 - cita o art. 144 do Código Tributário Nacional;
 - a legislação relativa a aplicação de alíquota não retroage para beneficiar;
 - os Ofícios que tratam do deferimento da solicitação do contribuinte para sua inclusão como distribuidor hospitalar; destinação posterior das mercadorias objeto da autuação não tem qualquer vinculação com a alíquota da operação;
 - no Acórdão nº 19405/09/1ª o Conselho fulminou a exigência fiscal por considerar a data do recebimento da mercadoria fora da vigência do Decreto nº 44.754/08 e, assim este não serve de paradigma para o presente trabalho;
 - cita o voto vencido da Conselheira Maria de Lourdes Medeiros no PTA nº 02.000213730-31;
 - muito embora o Decreto n.º 44.823/08, tenha alterado o art. 42 do RICMS, modificando a alíquota de medicamentos de 18% para 12%, ao contrário do que afirma a Impugnante, não altera a alíquota aplicada no feito fiscal;
 - são irrelevantes os demais documentos juntados aos autos visando comprovar o destino final das mercadorias e as suas respectivas situações, pois, ainda assim, a tributação seria a mesma.
- Ao final, roga pela manutenção da exigência fiscal.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe lavrado para formalizar as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75 em face da imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS devido no momento da entrada da mercadoria no Estado de Minas Gerais.

O feito fiscal teve início em 08 de maio de 2008, quando a Fiscalização do Posto Fiscal Antônio Reimão de Melo no município de Matias Barbosa/Minas Gerais, deparou-se com o transporte de medicamentos no sentido Rio de Janeiro – Minas Gerais, acobertados pelas Notas Fiscais n.ºs 007443, 007432, 007442 e 007433 (fls. 05/08), todas emitidas por Laboris Farmacêutica Ltda. no dia 30 de abril de 2008 com data de saída no dia 08 de maio de 2008 e com destino à ora Impugnante.

Portanto, o cerne da presente contenda reside na exigência de ICMS/ST complementar de medicamentos, tendo em vista seu recolhimento a menor.

Inicialmente cumpre destacar não haver discordância nos presentes autos de que a Impugnante caracteriza-se como distribuidora hospitalar, conforme Portaria SUTRI nº 10, de 02 de junho de 2008, atendendo as disposições da legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador, § 3º do art. 59 do Anexo XV do RICMS/MG e também a legislação atual, precipuamente o inciso XVII do art. 222 do RICMS/02, *in verbis*:

“ Efeitos de 1º/12/05 a 31/07/09: ”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 59 - Relativamente aos medicamentos de que trata o item 15,1 da Parte 2 deste Anexo, a base de cálculo do imposto devido à título de substituição tributária é:

.....
Efeitos de 15/03/2008 a 31/05/2008 - Redação dada pelo art. 2º, X, e vigência estabelecida pelo art. 6º, IV, ambos do Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:

§ 3º - Para os efeitos deste artigo, considera-se distribuidor hospitalar o estabelecimento atacadista cujas vendas destinadas a hospitais, clínicas ou a órgãos da Administração Pública representem, no mínimo, 70% (setenta por cento) da sua receita operacional anual, observado o seguinte:

.....
**TÍTULO XI
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 222 - Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

.....
Efeitos a partir de 1º/06/2008 - Acrescido pelo art. 1º, e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.823, de 30/05/2008

XVII - distribuidor hospitalar é o estabelecimento atacadista, independentemente do ramo de atividade, cujas vendas destinadas a hospitais, clínicas ou a órgãos da Administração Pública representem, no mínimo, 80% (oitenta por cento) da sua receita operacional anual, observado o seguinte:

- a) o enquadramento do estabelecimento na categoria de distribuidor hospitalar será feito mediante requerimento do contribuinte, protocolizado na Delegacia Fiscal (DF) a que estiver circunscrito, acompanhado da respectiva comprovação;
- b) portaria da Superintendência de Tributação divulgará relação dos estabelecimentos distribuidores hospitalares.

....."

Antes mesmo de se adentrar ao mérito das exigências é importante analisar a afirmação da Impugnante de que as mercadorias foram verificadas no Posto Fiscal, sendo carimbadas suas notas fiscais e liberadas sem qualquer oposição, valendo esta verificação como convalidação da operação.

Em verdade, efetivamente, a operação foi realizada e as mercadorias foram verificadas. Contudo, de tal verificação surgiu exatamente o presente Auto de Infração, pois a partir da mesma a Fiscalização formalizou a exigência de ICMS/ST complementar pela falta de seu recolhimento integral. Como a destinatária das

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadorias encontra-se devidamente inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS, não havia necessidade e, tão menos, amparo legal para a retenção das mercadorias conforme previsto no art. 203 do RICMS/MG, não sendo ainda o caso de apreensão de mercadorias de que trata o art. 201 do mesmo dispositivo regulamentar.

Desta forma, não houve aprovação tácita da operação sob exame por parte da Fiscalização, até mesmo porque o carimbo fiscal utilizado pela Fiscalização de Trânsito e apostado nas notas fiscais que acompanhavam a mercadoria não é homologatório, nos termos do art. 4º da Resolução n.º 3.259/02, vigente a época da ação fiscal, *in verbis*:

"Art. 4º - A aposição do Carimbo Fiscal de Trânsito não valida o documento, não homologa procedimento adotado pelo contribuinte e não substitui outros procedimentos previstos na legislação tributária."

Com relação ao mérito do trabalho propriamente dito, da análise dos autos detecta-se que houve concordância por parte da Fiscalização com a afirmação de defesa de que o ICMS/ST foi recolhido no importe de R\$ 26.388,95 (vinte e seis mil, trezentos e oitenta e oito reais e noventa e cinco centavos), vez que, no próprio relatório de ocorrência do Auto de Infração este valor foi descontado a título de "Abatimento ICMS/ST recolhido", não havendo, portanto, qualquer divergência neste sentido.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 155, inciso II atribui competência aos Estados e ao Distrito Federal para a instituição do ICMS, sendo que a alínea "b" do inciso XII do § 2º do mesmo artigo estabelece que caberá a lei complementar dispor sobre substituição tributária.

Obedecendo a este dispositivo constitucional, a Lei Complementar n.º 87/96 normatizou o regime de substituição tributária e, em seu art. 6º, atribuiu competência aos Estados para elegerem seus contribuintes substitutos, mercadorias, bens e serviços sujeitos a substituição tributária.

No Estado de Minas Gerais a Lei n.º 12.423/96 que alterou a Lei n.º 6.763/75, regulamentando o regime de substituição tributária, sendo que na Tabela E, anexa à Lei n.º 6.763/75, encontram-se os medicamentos para uso humano como mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Veja-se o que dispõe a Lei Complementar n.º 87/96, em seus arts. 8º e 13, acerca da base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária:

"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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

.....
Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: (Redação dada pela Lei Complementar n.º 114/02)

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

§ 2º Não integra a base de cálculo do imposto o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos."

O Estado de Minas Gerais, através do Decreto n.º 44.147, de 14 de novembro de 2005, estabeleceu a base de cálculo nas operações com medicamentos destinados a distribuidores hospitalares, conforme redação do inciso IV do art. 59 do Anexo XV vigente a época da ocorrência do fato gerador, *in verbis*:

"Art. 59 - Relativamente aos medicamentos de que trata o item 15.1 da Parte 2 deste Anexo, a base de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária é:

.....
IV - na operação interna ou interestadual destinada a distribuidor hospitalar situado neste Estado, o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de 29% (vinte e nove por cento), a título de margem de valor agregado (MVA);"

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como pode ser visto, do dispositivo acima transcrito, é estabelecida a Margem de Valor Agregado – MVA de 29% (vinte e nove por cento) sobre o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, não havendo qualquer menção a descontos concedidos.

No entanto, a alínea “a” do inciso II do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n.º 87/96, que trata da base de cálculo do ICMS, afirma que integram a base de cálculo do ICMS o valor correspondente aos descontos concedidos sob condição, o que é ratificado pela alínea “b” do inciso I do art. 50 da Parte Geral do RICMS, a saber:

“Art. 50- Integram a base de cálculo do imposto:

I -nas operações:

.....
b- a vantagem recebida, a qualquer título, pelo adquirente, salvo o desconto ou o abatimento que independam de condição, assim entendido o que não estiver subordinado a evento futuro ou incerto;
.....”

Assim, muito embora a dedução dos “descontos incondicionais ou comerciais” da base de cálculo do ICMS, como no caso em tela, não estejam nos dispositivos específicos que tratam da substituição tributária – Anexo XV do RICMS/MG, o dispositivo deve ser aplicado também as operações abrangidas pela substituição tributária, ficando ainda a necessidade de comprovar efetivamente o desconto concedido.

Para tanto, conforme foi destacado no relatório desta decisão, às fls. 68/69, o Fisco intimou a Impugnante a apresentar a comprovação do pagamento de tais mercadorias ao fornecedor, provando-se efetivamente o preço praticado pelo remetente/fornecedor e também os arquivos magnéticos relativos a todas as operações a fim de analisar os preços praticados em suas vendas.

Então, o Sr. Delegado Fiscal da DFT/Juiz de Fora, intimou a Defendente a apresentar cópia de suas notas fiscais de saída do período de maio a julho/2008 em que constassem o produto sob análise, conforme fl. 70 dos autos.

Às fls. 78/90 dos autos estão autuadas as cópias das segundas vias das notas fiscais de saídas do período solicitado, e às fls. 74/77 as cópias das primeiras vias das Notas Fiscais n.ºs 000002, 000010, 000011 e 000015 que foram apresentadas pelo seu destinatário, provando-se a autenticidades de tais documentos fiscais.

Da análise de tais documentos fiscais verifica-se que o preço praticado pela Impugnante nas vendas do referido produto é de R\$ 24,945 (vinte e quatro reais e novecentos e quarenta e cinco centavos) quando o valor médio de aquisição deste e objeto do presente processo é de R\$ 23,697 (vinte e três reais e seiscentos noventa sete centavos), o que demonstra uma margem de valor agregado da ordem de 5,26% (cinco inteiros e vinte e seis centésimos por cento) ou R\$ 1,248 (um real duzentos e quarenta e oito centavos) por unidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirma ainda a Impugnante que houve erro na aplicação da alíquota da mercadoria quando utilizou a alíquota de 18% (dezoito por cento) quando a nova alíquota vigente seria de 12% (doze por cento), à luz do item 47 da alínea “b” do inciso I do art. 42 do RICMS, com a redação dada pelo Decreto n.º 44.754/08, *in verbis*:

“Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

.....

b - 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

.....

**Efeitos de 27/03/2008 a 31/05/2008 -
Acrescido pelo art. 1º e vigência
estabelecida pelo art. 6º, III, “a”, ambos do
Dec. nº 44.754, de 14/03/2008:**

“b.47 - medicamento acondicionado em embalagem hospitalar, aparelhos e instrumentos médico-hospitalares e material de uso médico, odontológico ou laboratorial, destinado a fornecer suporte a procedimentos diagnósticos, terapêuticos ou cirúrgicos destinados a órgãos públicos, hospitais, clínicas e assemelhados não-contribuintes do imposto, promovidas pelo estabelecimento industrial fabricante ou pelo distribuidor hospitalar de que trata o § 3º do art. 59 do Anexo XV;

.....” (grifos não constam do original)

Como se observa a redação vigente no período da ocorrência do fato gerador objeto dos presentes autos é o dia 08 de maio de 2008. Nesta data, a alíquota seria de 12% (doze por cento) apenas nas operações de saídas promovidas pelo distribuidor hospitalar para hospitais, órgãos públicos, clínicas e assemelhados não contribuintes do ICMS.

Assim, os distribuidores hospitalares deveriam recolher o ICMS/ST medicamentos nas operações de entrada a alíquota de 18% (dezoito por cento) e quando estas mercadorias eram vendidas a hospitais, clínicas, órgãos públicos, entre outros, deveriam aplicar a alíquota de 12% (doze por cento), restando-lhes o direito de solicitar o ressarcimento do ICMS pago antecipado a maior na entrada.

Contudo, a operação em análise trata-se de trânsito de mercadorias. Portanto, no momento da ação fiscal, não havia como identificar o destino das mercadorias.

Mesmo levando-se em consideração estas premissas a 1ª Câmara de Julgamento deferiu o requerimento de juntada dos documentos protocolados no CC/MG em 08 de março de 2010 e concedeu vista ao Fisco.

Os Ofícios DF/BH-4 nº 180/2008, 349/2008 e 021/2009 que tratam do deferimento da solicitação do contribuinte para sua inclusão como distribuidor

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

hospitalar; destinação posterior das mercadorias objeto da autuação não tem qualquer vinculação com a alíquota da operação, em face da data de realização desta.

Como visto, a legislação que vigorava a época da autuação determinava que o contribuinte deveria recolher pela alíquota de 18% (alíquota residual) e posteriormente e desde que comprovasse o destino dos produtos para hospitais, órgãos públicos, clínicas e assemelhados não contribuintes do ICMS, poderia requerer ressarcimento de 6% (seis por cento).

Verifica-se assim que a situação dos presentes autos difere daquela tratada na decisão constante do Acórdão nº 19.405/09/1ª.

Naquele caso a improcedência do lançamento se deu tendo em vista a consideração da data do recebimento da mercadoria como 04 de junho de 2008, portanto, fora da vigência do Decreto nº 44.754/08 (efeitos de 27 de março a 31 de maio de 2008).

Neste sentido, veja-se a seguinte parte da decisão contida no Acórdão n.º 19.405/09/1ª:

“ENTRETANTO, AS NOTAS FISCAIS DE FLS. 61/65 TEM DATA DE EMISSÃO DE 26 DE MAIO DE 2008, MAS ESTA NÃO É A DATA DA SAÍDA DAS MERCADORIAS.

COMO NÃO ESTÁ LANÇADA QUALQUER DATA DE SAÍDA DA MERCADORIA, VOLTA-SE A DATA DO RECEBIMENTO CONSTANTE DO CANHOTO DAS NOTAS FISCAIS DE FLS. 61/65. NESTES CANHOTOS CONSTA O RECEBIMENTO EM 04 DE JUNHO DE 2008. CONSIDERANDO-SE A DATA DE 04/06/2008 VERIFICA-SE SER ESTA COMPATÍVEL COM AS SAÍDAS DAS MERCADORIAS DO POSTO FISCAL QUE, SEGUNDO INFORMAÇÃO DO FISCO, SE DEU EM 29/05/2008, ÀS 11:40 HORAS.”

Portanto, como se verifica, no teor do acórdão apresentado como paradigma pela Impugnante, o dia considerado pelo órgão julgador foi 04 de junho de 2008, fora do período de vigência do Decreto 44.754/08, que vigorou até 31 de maio de 2008.

Diferentemente do processo em exame, vez que as notas fiscais objeto da autuação constam a data da saída das mercadorias como 08 de maio de 2008 (fls. 05/08), dentro do período de vigência do Decreto n.º 44.754/08, qual seja, 27 de março de 2008 a 31 de maio de 2008.

Quanto aos demais documentos juntados posteriormente aos autos, visando comprovar o destino final das mercadorias e as suas respectivas situações, diante das datas de ocorrência do fato gerador e da vigência da alíquota de 12% (doze por cento) tornam-se irrelevantes para o desfecho do caso em tela.

Registre-se que, muito embora o Decreto n.º 44.823, de 31 de maio de 2008, tenha alterado a redação do art. 42 do RICMS/MG, instituindo a alíquota para as operações com medicamentos nas condições por ele definidas como 12% (doze por cento), ao contrário do que afirma a Impugnante, este não é aplicável ao caso em análise, uma vez que referido Decreto foi publicado em 31 de maio de 2008 com

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

vigência e eficácia a partir de 1º de junho de 2008 quando o fato gerador da obrigação tributária se deu em 08 de maio de 2008.

Frise-se, pela importância, que o crédito tributário foi alterado pelo Fisco, com a modificação da base de cálculo do ICMS/ST, em face dos argumentos apresentados pela defesa.

Ao final de sua impugnação a Defendente pugna pela restituição da Taxa de Expediente recolhida na forma do item 2.21 da Tabela A da Lei nº 6.763/75.

Contudo, conforme disposto na Lei nº 6.763/75 a Taxa de Expediente é devida pela apreciação da defesa e seu julgamento no âmbito administrativo não cabendo sua restituição nem mesmo nos casos em que a defesa é integralmente acolhida.

Veja-se, neste sentido, o fato gerador da citada Taxa de Expediente (Lançamento e Cobrança da Taxa de Expediente Relativa a Atos de Autoridades Administrativas), constante do item 2.21 da Tabela A da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

“Item 2.21 - Julgamento do contencioso administrativo-fiscal; quando o valor do crédito tributário for igual ou superior a 6.500 UFIR:

(Nota: Conforme o § 1º do Art. 224, as menções, na legislação tributária estadual, à Unidade Fiscal de Referência - UFIR - consideram-se feitas à UFEMG, bem como os valores em UFIR consideram-se expressos em UFEMG.)

- impugnação ao Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (CC/MG) - 113,00
- recursos em geral ao CC/MG - 79,00
- realização de perícia - 250,00”

Assim, o serviço público pelo qual foi cobrada a taxa foi realizado, não havendo motivo que justifique sua devolução.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 98 e 100. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Luiz Drumond e Edécio José Cançado Ferreira.

Sala das Sessões, 12 de maio de 2010.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora