

Acórdão: 24.098/22/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001984832-34
Impugnação: 40.010152535-20
Impugnante: Pharmacia Manipulare Ltda
IE: 062748884.00-96
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - SIMPLES NACIONAL. Imputação fiscal de falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação de imposto, correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, relativo à aquisição de mercadorias por contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional, situado em Minas Gerais, em desacordo com o previsto no § 14 do art. 42 do RICMS/02. Exigências de ICMS Antecipação e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75. Entretanto, os elementos constantes dos autos não são suficientes para caracterizar a obrigação do estabelecimento ao pagamento do referido imposto.

Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de recolhimento, por contribuinte mineiro optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, do ICMS devido a título de antecipação tributária, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização e/ou industrialização, no período de julho de 2016 a dezembro de 2019.

Consoante explicitado no relatório do Auto de Infração, referida exigência fundamenta-se na disposição contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 42, § 14, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02).

Exige-se o ICMS devido e a correspondente Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às págs. 962, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às págs. 971/973.

A 3ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de págs. 974, o qual é cumprido pela Autuada às págs. 977/984.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às págs. 985/988.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

O Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, por vício material de inconstitucionalidade, por afrontar a modulação de efeitos estabelecida pelo STF após o julgamento do RE nº 605.552/RS.

Entretanto, essa discussão refere-se ao mérito do lançamento e assim será tratada a seguir.

Ressalta-se que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Induvidoso que o Autuado compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos ao Autuado todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, como já exposto, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de recolhimento, por contribuinte mineiro optante pelo regime de tributação do Simples Nacional, do ICMS devido a título de antecipação tributária, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação para comercialização e/ou industrialização, no período de julho de 2016 a dezembro de 2019.

Exige-se, por consequência, o ICMS devido e a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Consoante explicitado no relatório do Auto de Infração, referida exigência fundamenta-se na disposição contida no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2, da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 42, § 14, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02).

Em sua defesa, a Impugnante sustenta que atua na comercialização de medicamentos produzidos por manipulação de fórmulas, sob encomenda, para entrega posterior ao adquirente, em caráter pessoal, mediante prescrição de profissionais habilitados ou indicação do farmacêutico, produzido no próprio estabelecimento, após atendimento inicial, razão pela qual a empresa seria uma prestadora de serviço.

Entende que o disposto na alínea “a” do inciso VII do § 4º do art. 18 e no Anexo III ambos da LC nº 123/06 afasta a condição de contribuinte do ICMS, ficando a empresa dispensada do recolhimento do ICMS.

A Fiscalização, por sua vez, explicita que a Lei nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não retira a condição de contribuinte do ICMS das empresas optantes pelo regime de recolhimento do Simples Nacional.

Explica, também, que a Autuada faz uso de sua condição de contribuinte do ICMS quando realiza aquisições de produtos de fora do estado à alíquota de 7 ou 12 % (sete ou doze por cento).

A Fiscalização menciona, ainda, que a antecipação do imposto exigida nesse Auto de Infração é devida mesmo para os contribuintes optantes pelo regime de recolhimento do Simples Nacional.

Cita as Consultas de Contribuintes nºs 117/2015 e 221/2015 e o Acórdão nº 21.908/18/2ª para corroborar seu entendimento.

A 3ª Câmara, na busca da verdade material e na intenção de elucidar a matéria, exarou despacho interlocutório.

A Impugnante não atende especificamente o solicitado pela Câmara, mas manifesta-se no sentido de que presta exclusivamente serviços de manipulação envolvendo o preparo e o fornecimento de medicamentos encomendados para posterior entrega aos fregueses, em caráter pessoal, as chamadas “Fórmulas Magistrais”, que são sujeitas ao ISSQN.

Cita tese do Superior Tribunal Federal – STF (Tema nº 379 da Repercussão Geral RE 605.552/RS) no sentido de que, sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda incide o ISSQN e, sobre as operações de venda de medicamentos ofertados em prateleiras incide o ICMS.

Afirma a Impugnante que sempre pagou detidamente os tributos que lhes eram devidos, pois acreditando na preponderância da prestação de serviços de sua atividade – confirmada posteriormente pelo STF – sempre contribuiu pelo simples nacional como prestadora de serviços, a despeito das cobranças que ocorriam pelo Ente tributante estadual.

Menciona que esse entendimento foi acolhido pela Fazenda Pública Estadual em fiscalização ocorrida em 2016, em que havia a discussão acerca da incidência do ISS ou do ICMS nas operações de farmácias de manipulação.

Nesse aspecto, correta a Impugnante. O entendimento da Fiscalização em 2016 foi de que no estabelecimento da Autuada não haveria a “produção e comercialização de medicamentos e produtos de fórmulas “oficinais”, mas tão somente produção e comercialização de medicamentos e produtos de fórmulas “magistrais”, sob encomenda para entrega posterior ao adquirente, em caráter pessoal, mediante prescrição de profissionais habilitados ou indicação pelo farmacêutico, produzidos no próprio estabelecimento após o atendimento inicial, de acordo com a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 67, de 8 de outubro de 2007, item 4 – Definições”.

Concluiu, assim, a Fiscalização à época que, conforme art. 18, § 4º, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 123/06, que diz que a tributação de medicamentos e produtos “magistrais” deve se dar conforme Anexo III da citada lei, a empresa não se enquadraria como contribuinte do ICMS.

A respeito, destaca a Impugnante que, fato é que as suas atividades empresariais se mantêm nos exatos moldes acolhidos à época pela Fazenda, o que somente reafirmou a boa-fé da Contribuinte que continuou recolhendo o tributo que acreditava ser o correto.

Para corroborar o que afirma, a Impugnante traz aos autos fotos do estabelecimento demonstrando não possuir produtos sendo vendidos em prateleiras, com pré-fabricação à disposição dos clientes.

Acrescenta que o alvará de autorização sanitária é expresso em permitir a venda somente de produtos manipulados, que são realizados somente após o cliente passar por um atendimento inicial no balcão, mediante prescrição ou indicação.

O Fisco, por sua vez, resume-se a dizer que o Contribuinte não teria atendido o que foi determinado no despacho interlocutório.

Explica que na página da ANVISA teria a definição do que seria uma preparação magistral e do que seria preparação oficial. Afirma que é devido o ICMS nas “formulações oficinais”, mas não traz nenhuma prova de que a Impugnante exerça essa atividade.

Nesse sentido, crucial o fato de que houve fiscalização anterior, em 2016, momento esse em que foi verificado o alegado pela Defesa, qual seja, manipulação apenas de fórmulas magistrais.

Certo é que essa situação, a atividade da Contribuinte, poderia ter sido alterada ao longo do tempo, mas, saliente-se que não há nenhuma prova neste lançamento no sentido de modificar o parecer fiscal anterior e elidir as provas trazidas pela Defesa.

Assim, considerando que os elementos dos autos não sustentam a acusação fiscal, decide-se pela improcedência do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do

julgamento, além do signatário, os Conselheiros Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich (Revisor), Dimitri Ricas Pettersen e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 23 de março de 2022.

**Ivana Maria de Almeida
Presidente / Relatora**

D

CCMIG