

Acórdão: 14.815/01/1.^a
Impugnação: 40.010051678-25
Impugnante: Distribuidora Lopes e Carvalho Ltda.
Proc. Sujeito Passivo: Cláudia Barroso Ribeiro/Outra
PTA/AI: 01.000106220-61
Inscrição Estadual: 062.356624.0027
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Substituição Tributária – Medicamentos – Mercadoria Adquirida Sem Retenção do ICMS – Comércio Varejista. Aquisições por empresa comercial varejista, em operações interestaduais, de medicamentos sem a retenção do ICMS devido a este Estado. Responsabilidade do varejista, pelo recolhimento do imposto devido, prevista no § 4.º, do art. 824, c/c art. 44, ambos do RICMS/91. Base de cálculo corretamente apurada, nos termos do art. 825, do mesmo diploma legal. Valores debitados pela Impugnante, quando da saída das mercadorias, sujeitos à restituição do indébito, nos termos da legislação aplicável. Excluídas as exigências relativas aos produtos utilizados na tipagem sangüínea. Multa de revalidação adequada à Lei 12.729/97. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Crédito de ICMS – Aproveitamento Indevido. Aproveitamento de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de aquisições de medicamentos e produtos correlatos. Vedação ao crédito prevista no art. 34, c/c art. 42, ambos do RICMS/91. Correto o estorno do crédito efetuado pelo Fisco.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Motivos da autuação:

Item 1) Deixado de recolher o ICMS relativo à Substituição Tributária, referente a mercadorias recebidas de outros Estados, signatários e não signatários do Convênio, sem a retenção do imposto;

Item 2) Aproveitamento indevido de créditos do ICMS referente a mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária.

Inconformada, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 1150/1166), por intermédio de seu procurador regularmente constituído, apresentando, em síntese, as seguintes alegações:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente, discorrendo sobre o regime de substituição tributária, pondera que, sobre a ótica deste Regime, o imposto que seria devido pelo revendedor da mercadoria já vem retido pelo fabricante, razão pela qual não há mais o que recolher pelas operações feitas pela adquirente, bem como não cabe o aproveitamento do crédito do ICMS.

A seguir, informa que, no presente caso, as mercadorias por ela adquiridas não tiveram o ICMS retido pelo fabricante por vários motivos, quais sejam, liminares obtidas pelos fabricantes junto ao poder judiciário, fabricantes com sede em Estados não signatários do convênio, falta de informação do fabricante, etc.

Aduz, entretanto, que não se pode afirmar que a empresa Autuada não procedeu ao recolhimento do imposto relativo às mercadorias adquiridas, eis que recolheu o ICMS respectivo, quando da emissão das notas fiscais de saídas, momento em que se debitou do imposto.

Considera, desta forma, que suas operações foram praticadas como se comum fossem, com o imposto recolhido na saída, tornando legítimo a apropriação dos créditos destacados nas notas fiscais, pois, caso contrário, haveria agressão ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS.

Assevera que a base de cálculo adotada pelo Fisco, para fins das exigências ora em análise, não corresponde à realidade, já que, devido às condições de mercado, os preços praticados pela empresa autuada são inferiores aos considerados pela Fiscalização.

No mesmo enfoque, considera que a base de cálculo utilizada pelo Fisco viola os princípios constitucionais do não confisco, da isonomia e da capacidade contributiva.

Alega ser inconstitucional a fixação da base de cálculo do imposto através de Decreto.

Solicita a atenuação da multa de revalidação aplicada, haja vista a nova redação dada ao art. 56, II, da Lei 6763/75, pela Lei 12.282, de 29/08/96.

Afirma ser inconstitucional o regime de substituição tributária.

Alega, ainda, que a fiscalização enquadrrou, equivocadamente, os produtos químicos utilizados para tipagem de sangue no regime de substituição tributária. Neste sentido, informa que, embora nas notas fiscais os referidos produtos sejam denominados como “soros”, na realidade não o são, e sim, uma substância utilizada para descobrir o tipo de sangue.

Solicita, ao final, a procedência de sua impugnação.

O Fisco, em Réplica (fls. 1177/1182), refuta os termos da Impugnação, pedindo a sua improcedência.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DO OBJETO DA DILIGÊNCIA

A Egrégia 5ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 18/10/99, deliberou converter o julgamento na Diligência de fl. 1188, dirigida ao Fisco, tendo por objeto esclarecer o seguinte:

- 1) Tendo em vista, que as mercadorias (medicamentos) foram alcançadas pelo Regime de Substituição Tributária, hipótese em que os créditos do ICMS devem ser estornados e os débitos devem ser ajustados na conta gráfica do imposto, fineza elaborar, para o período fiscalizado, o devido ajuste, visto que, se há cobrança do ICMS/ST pelas entradas, inexistente débito do imposto na saída (ICMS/ST é definitivo);
- 2) Informar se o produto químico usado para identificar o Tipo Sangüíneo (tipagem) se enquadra ou não no código 3002;
- 3) Havendo juntada de documentos e/ou reformulação dos cálculos, abrir vista ao Patrono da Autuada pelo prazo regulamentar. Caso o mesmo se manifeste, replicar em seguida.

DOS ESCLARECIMENTOS DO FISCO

A fiscalização da AF/Belo Horizonte se pronuncia às fl. 1190, esclarecendo o seguinte:

Entende que houve um equívoco na interpretação do feito fiscal por parte dos Srs. Conselheiros, tendo em vista que o ICMS/ST é definitivo e não existe no presente trabalho nenhuma cobrança relativa às saídas destas mercadorias;

Informa, ainda, que o código do produto químico usado para identificar o tipo sangüíneo é, conforme a NCM, 3006.

DA DILIGÊNCIA

Tendo em vista as disposições contidas no art. 824, inciso I, do RICMS/91 e, em contraponto, as informações aditadas pelo Fisco à fl. 1.190, resolveu a Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 1.192/1.193, em caminhar os autos em Diligência.

DA NOVA DELIBERAÇÃO DA CÂMARA DE JULGAMENTO

Em sessão realizada aos 23/05/00, a Egrégia 5ª Câmara de Julgamento, deliberou, conforme doc. de fl. 1.194, retornar os autos à DACCT, para envio destes ao Fisco de origem, para que este último se pronuncie:

- 1) Sobre o pedido de Diligência formulado pela Auditoria Fiscal deste Conselho às fls. 1.192/1.193;
- 2) Sobre o seu posicionamento de forma fundamentada, relativamente ao item 1 (um) da Deliberação desta 5ª Câmara, exarada em 18/10/99, à fl. 1.188 dos autos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Havendo juntada de documentos e/ou reformulação dos cálculos abrir vista ao patrono da Autuada pelo prazo regulamentar. Caso o mesmo se manifeste, replicar em seguida.

DA NOVA MANIFESTAÇÃO DO FISCO

Às fls. 1.196/1.197, o Fisco comparece novamente aos autos esclarecendo, em síntese, que o produto objeto da presente autuação é soro, que a norma de regência é genérica ao se referir a tal mercadoria, que a Autuada, em suas alegações, buscou confundir e que o produto químico utilizado para identificar o tipo sanguíneo está classificado no grupo da NBM/SH n.º 3006.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1199/1201, opina pela improcedência da impugnação (procedência do Lançamento), ratificando seu posicionamento já exposto às fls. 1184 a 1187.

DECISÃO

Conforme acima relatado, a presente autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS relativo à Substituição Tributária, referente a mercadorias (medicamentos e produtos correlatos) recebidas de outros Estados, sem a retenção do imposto e aproveitamento indevido de créditos do ICMS referentes a mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária.

Cabe destacar que o Código de Atividade Econômica- CAE da Impugnante é o de n.º 42.2.7.00-0, “comércio varejista de máquinas, aparelhos e equipamentos odonto-médico-hospitalares e laboratoriais”.

O período fiscalizado está compreendido entre Outubro/91 a Janeiro/96, conforme documento de fl. 07, sendo aplicável ao caso, portanto, as normas contidas no RICMS/91.

Insta salientar, inicialmente, que as possíveis inconstitucionalidades argüidas pela Impugnante não serão aqui objeto de análise, face ao disposto no art. 88, I, da CLATA/MG:

“Art. 88 – Não se incluem na competência do órgão julgador:

(...)

I – a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo;”

Feitas estas considerações, necessário se faz a análise da matéria sob a ótica da legislação à época vigente.

Vale ressaltar que as normas de substituição tributária com medicamentos, vigentes a partir de 01/09/91, que se encontravam no Dec. n.º 32.848/91, foram

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

introduzidas no Regulamento do ICMS/MG (art. 824 e seguintes) pelo Dec. n.º 35.597/94.

Nesse sentido, transcreve-se abaixo os referidos dispositivos, para melhor apreciação da presente lide.

"Art. 824 - O estabelecimento industrial fabricante e o estabelecimento importador, situados em outras unidades da Federação, nas remessas para contribuintes deste Estado, dos produtos abaixo relacionados, classificados nos respectivos códigos ou posições da NBM/SH, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário.

I - soro e vacina - 3002;

II - medicamentos - 3003 e 3004;

(...)

§ 4º - O estabelecimento varejista, independentemente de quaisquer favores fiscais ou regime de recolhimento, que receber a mercadoria de outra unidade da Federação sem a retenção do imposto, é responsável pelo pagamento da parcela do ICMS devido a este Estado, observado o disposto no § 2º do artigo 44." (g.n.)

"Art. 825 - A base de cálculo do imposto, para o fim de substituição tributária, é o valor correspondente ao preço constante de tabela, estabelecida pelo órgão competente, para venda a consumidor. (g.n.)

§ 1º - Inexistindo o valor de trata o caput, a base de cálculo será obtida tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, acrescido do valor do IPI, frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante do percentual de: (g.n.)

(...)

2) **53,30%** (cinquenta e três inteiros e trinta centésimos por cento), nas operações interestaduais para contribuintes deste Estado. (g.n.)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º - A base de cálculo prevista neste artigo será reduzida de 10% (dez por cento), dispensado o estorno proporcional do crédito.

Resta claro, portanto, que os dispositivos acima mencionados, não só impunham o regime de substituição tributária nas operações com medicamentos e produtos correlatos, como também, conforme § 4.º, art. 824, estabelecia a responsabilidade do varejista pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, na hipótese de receber a mercadoria sem a devida retenção.

Tal regra é impositiva, não sendo facultado ao contribuinte proceder de maneira diversa. Não tendo assim agido, correta se afigura a exigência fiscal no tocante aos valores não recolhidos.

Se a Impugnante ao dar saída à mercadoria se debitou do imposto, o fez incorretamente. Com efeito, regulamentando a escrituração das notas fiscais de saídas e de entradas de produtos sujeitos à substituição tributária, o RICMS/91, assim disciplinava:

"Art. 42 - O contribuinte que receber mercadoria com o imposto pago por substituição tributária observará o seguinte:

I - na saída da mercadoria emitirá nota fiscal específica, sem destaque do imposto, contendo além dos demais requisitos exigidos, o seguinte:
(g.n)

Efeitos de 28/05/94 a 26/01/95 - Redação dada pelo art. 1º do Dec. nº 35.597, de 27/05/94 - MG de 28 e ret. em 31:

"I - na saída da mercadoria emitirá nota fiscal de subsérie distinta, ou específica quando utilizar nota fiscal de série única, sem destaque do imposto, contendo além dos demais requisitos exigidos, o seguinte:"

(...)

II - deverão as notas de aquisição e de saída ser escrituradas nos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, na forma prevista na legislação, utilizando:

a - a coluna "Outras", respectivamente, de "Operações sem Crédito do Imposto e de Operações sem Débito do Imposto";

Efeitos de 12/01 a 27/05/94 - Redação dada pelo art. 1º do Dec. nº 35.339, de 11/01/94 - MG de 12:

"Art. 45 - O contribuinte que receber mercadoria com o imposto pago por substituição tributária observará o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - na saída da mercadoria emitirá nota fiscal de subsérie distinta, ou única, sem destaque do imposto, contendo além dos demais requisitos exigidos, o seguinte:

(...)

II - deverão as notas de aquisição e de saída ser escrituradas nos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, na forma prevista na legislação, utilizando:

a - a coluna "Outras", respectivamente, de "Operações sem Crédito do Imposto" e de "Operações sem Débito do Imposto";

Efeitos de 01/03/91 a 11/01/94 - Redação original do RICMS:

"Art. 45 - Na entrada, no estabelecimento adquirente, de mercadoria com o imposto pago por substituição tributária, a nota fiscal relativa a operação será escriturada no Registro de Entradas, na coluna "Outras", sob o título "Operações sem Crédito do Imposto", salvo disposição em contrário."

No mesmo sentido, os art. 48, RICMS/91, efeitos de 01/03/91 a 27/05/94, assim estabelecia:

"**Art. 48** - É vedada a compensação de débito relativo à substituição tributária com qualquer crédito do imposto."

A partir de 28/05/94, a mesma redação acima, passou a estar contida no art. 34, do mesmo regulamento.

Depreende-se dos dispositivos acima, que a Impugnante incorreu em duplo erro, quais sejam, se debitar pela saída da mercadoria e se creditar pelo imposto destacado nas notas fiscais de entradas. Deveria, simplesmente, recolher o imposto devido por substituição tributária, face à responsabilidade a ele atribuída, e escriturar os documentos fiscais nas colunas "operações sem débito do imposto" e "sem crédito do imposto", nos livros próprios.

Cabe, entretanto, ressaltar que, no tocante aos débitos indevidamente destacados nas notas fiscais de saídas, faz jus a Impugnante à restituição do indébito, desde que observadas as normas específicas previstas na CLTA/MG.

O feito fiscal merece apenas uma ressalva. Os produtos relacionados nas notas fiscais de fls. 273, 276 e 277, realmente se prestam à tipagem de sangue, não estando sujeitos à substituição tributária, devendo, desta forma, as exigências a eles relativos serem excluídos do feito fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O mesmo não se pode dizer do soro fisiológico, constante em inúmeras notas fiscais, a exemplo das de fls. 263, 267, 275, 295, 307, etc., cuja posição na NBM/SH é “3003”, que, conforme art. 824, II, sujeita-se à substituição tributária.

Por fim, vale acrescentar que a multa de revalidação exigida deve ser adequada à Lei 12.729/97, que deu nova redação ao art. 56, II, da Lei 6763/75, reduzindo a penalidade a 50 %.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, excluindo-se as exigências fiscais relativas aos produtos constantes nas notas fiscais de fls. 273, 276 e 277, adequando-se a multa de revalidação aplicada à Lei 12.729/97. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edmundo Spencer Martins e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 10/04/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

José Eymard Costa
Relator

JEC/GGAB