

Acórdão: 15.286/01/1^a
Impugnação: 40.010104737-34
Impugnante: Comercial Planalto Vera Cruz Ltda
Proc. Suj. Passivo: Gioconda Cecília de Sá Ubaldino Abreu /Outra
PTA/AI: 01.000138292-79
Inscrição Estadual: 062.905763.0043
Origem: AF/ BH/Adm. Fiscal/Controle Seletivo
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RECOLHIMENTO/RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Infração consistente da falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária nas aquisições de medicamentos em operações interestaduais, em função da não utilização do preço máximo de venda a consumidor final sugerido pelo fabricante na composição da base de cálculo do ICMS/ST, contrariando o disposto no artigo 239, do Anexo IX do RICMS/96. Razões da Impugnante não acatadas. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

V.v. - Se o Contribuinte de outro Estado que tem inscrição estadual de substituto tributário, promove a retenção e o recolhimento do ICMS/ST a menor que o devido na operação, não poderá o substituto tributário, estabelecido em Minas Gerais, ser responsabilizado pela diferença do imposto.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária nas aquisições de medicamentos em operações interestaduais, em função da não utilização do preço máximo de venda a consumidor final sugerido pelo fabricante na composição da base de cálculo do ICMS/ST, no período de novembro/97 a março/01, contrariando o disposto no artigo 239, do Anexo IX do RICMS/96. Exige-se ICMS e MR(50%).

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 1011/1036).

Afirma que em relação a todas as operações arroladas no AI houve pagamento do ICMS/ST por parte dos remetentes, obviamente, na forma entendida

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

como correta pelos mesmos. Entende que, em se tratando de “recolhimento a menor de ICMS/ST” não lhe compete a responsabilidade pretendida pelo Fisco, visto que o artigo 29 do RICMS/96 dispõe que a responsabilidade somente se dá no caso do recebimento de mercadoria “sem” a retenção pelo remetente (cita Acórdão 367/00/6ª).

Acrescenta que as exigências concernentes às 36 primeiras notas fiscais constantes do Quadro II, cujas entradas em território mineiro deram-se no período de 20/11/97 a 20/07/98, devem ser canceladas porque os efeitos da alínea “c”, do inciso II, do artigo 85, Parte Geral, do RICMS/96 (que faz referência ao item 4 do § 1º do artigo 237 do Anexo IX do mencionado Regulamento), deram-se a partir de 24/07/98, com o advento do Decreto nº 39.767.

Aduz que houve errônea tipificação legal da infringência descrita no AI, ou seja, § 21 do artigo 13 da Lei nº 6.763/75, considerando que os medicamentos possuem desde 15/05/92, preço final ao consumidor, por força da Portaria nº 37, de 11-05-92, do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Essa compulsória circunstância determina que a formação da base de cálculo para efeito do ICMS/ST é a prevista no § 20 do citado artigo.

Diz que houve falta de lealdade por parte do Fisco mineiro por não receber orientação quanto aos seus procedimentos, visto que a fiscalização já havia requisitado documentação em que aparecia os critérios ora objeto de autuação.

Salienta que na peça fiscal constam valores do ICMS referente a operações próprias diferentes daqueles encontrados nos documentos fiscais, conforme arrolado à fl. 1022 dos autos, a exemplo da NF 004434.

Alega cerceamento de defesa, eis que as tabelas de preços utilizadas constam em publicações privadas (revistas não oficiais), o que as descredencia para trabalhos fiscais. Acrescenta que vários dos emitentes não constam da revista da ABCFarma bem como o medicamento Prednisona comp 20mg e 5mg do laboratório Teuto-Brasileiro.

Ressalta que o preço a consumidor, conforme Portaria n.º 37, de 11/05/92, deve ser aquele que consta no documento fiscal emitido pelo fabricante dividido por 0,7, sendo que o fisco ao utilizar os preços de tabelas adotou uma “pauta fiscal”, o que é ilegal.

Anexa os documentos de fls. 1037/1260 para subsidiar suas alegações.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 1273/1275, refuta as alegações da defesa.

Afirma que a obrigação da Contribuinte, ora Impugnante, pela retenção e recolhimento do ICMS/ST teve início em 21/11/97, com o advento do Decreto nº 39.274/97.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diz que foram considerados todos os pagamentos referentes a ICMS/ST, de forma global ou individualizado, não tendo apresentado a Autuada qualquer outro comprovante de recolhimento além daqueles relacionados no anexo do AI.

Ressalta que não houve eleição errônea de sujeito passivo, eis que em todos os casos em que se cobrou diferença de ICMS/ST encontra-se ou emitente não inscrito no Estado de Minas Gerais, ou emitentes que, apesar de já terem tido a inscrição, pertenciam a Estados que deixaram o Convênio e por isso deixaram de ser obrigados à retenção do imposto, o que transfere a responsabilidade para o destinatário. Salienta que foi considerado o valor recolhido na origem, por parte do emitente, apesar de desobrigado de fazê-lo.

Aduz que a utilização de preços constantes de tabelas é previsto no § 21 do artigo 13 da Lei nº 6.763/75, c/c artigo 239 do Anexo IX do RICMS/96. Cita as Consultas SLT 188/99 e 173/2000.

Assevera que o artigo 2º da Portaria 37/92 define a forma de apuração do preço máximo ao consumidor a ser utilizado pelo fabricante, e o artigo 4º do mesmo dispositivo legal cria a obrigação da manutenção da lista destes preços à disposição dos consumidores. Acrescenta que os pareceres e jurisprudência mencionados referem-se a outros procedimentos que não os apurados neste Auto de Infração.

Quanto a falta de lealdade por parte do fisco alegada pela Autuada, afirma que a ação fiscal não é momento próprio para esclarecimentos quanto a fatos passados referentes ao imposto objeto da autuação, tampouco houve interesse por parte da Contribuinte, anteriormente, em procurar esclarecimentos a respeito dos procedimentos corretos.

Relativamente às diferenças apontadas pela Contribuinte (fl. 1022) esclarece que a mesma refere-se a exclusão de valores relativos a mercadorias não sujeitas à ST.

Diz que a alegação de cerceamento de defesa não procede, vez que as tabelas utilizadas para apuração das bases de cálculo são publicadas em revistas disponíveis para qualquer interessado, tanto que a própria Autuada alega, contraditoriamente à sua argumentação, que diversos laboratórios, em alguns casos, ou produtos, em outros, não constam das referidas publicações. Acrescenta que de fato isso ocorreu, o que levou o Fisco a adotar o preço constante da nota fiscal do fabricante acrescido da margem de agregação prevista no artigo 239 Anexo IX RICMS/96. Anexa os documentos de fls. 1276/1284.

Requer a improcedência da Impugnação.

Mediante o Ofício nº 383/01, de fl. 1285, foi concedido vista dos autos à Impugnante que se manifesta à fl. 1288 requerendo cópia da documentação a que se refere o citado expediente bem como reitera sua solicitação de fls. 1007/1008 onde solicitou o fornecimento de cópia das publicações das revistas e reabertura de prazo para apresentação de impugnação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco se manifesta às fls. 1.292 aduzindo que toda farmácia possui em seu estabelecimento as referidas revistas de preços. Junta por amostragem, cópias das revistas ABCFarma e Kairos.

Mediante o Ofício de fl. 1322 é encaminhado à Contribuinte a manifestação fiscal de fl. 1292 e as referidas cópias das tabelas de preços então anexadas por amostragem.

Regularmente intimada a Autuada não se manifesta.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.329/1.396, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

A autuação decorre da falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS devido a título de substituição tributária nas aquisições de medicamentos, em operações interestaduais. As exigências fiscais abrangem o período de 20/11/97 a 19/03/01, e encontram-se demonstradas nos quadros I e II, de fls. 10/101 dos autos.

A Autuada, que é empresa sediada no Estado de Minas Gerais e tem por objeto social o *comércio atacadista de produtos farmacêuticos* (CAE 43.3.1.00-1), pretende sua exclusão da lide, alegando ilegitimidade passiva.

O artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96 (*efeitos de 21-11-97 a 31-03-01*) disciplina que (Obs: a redação original deste artigo não excluía o Estado de São Paulo):

"Art. 237 - O estabelecimento industrial fabricante ou o estabelecimento importador, situado em outra unidade da Federação, exceto no Estado de São Paulo, nas remessas para contribuinte deste Estado, dos produtos a seguir relacionados, classificados nos respectivos códigos ou posições da NBM/SH, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário:"

Já o item 4, do § 1º do referido dispositivo legal (*efeitos de 01-06-98 a 31-03-01*), preceitua que a responsabilidade instituída neste artigo aplica-se:

"4) ao contribuinte mineiro que adquirir mercadoria, de outra unidade da Federação, sem a retenção do imposto, para fins de comercialização, uso ou consumo do adquirente, hipótese em que o imposto deverá ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante GNRE."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por sua vez o artigo 29 da Parte Geral do RICMS/96 (*redação original*) dispõe:

“Art. 29 - Em todas as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, sem a retenção do imposto.”

No que concerne a expressão “sem a retenção do imposto” constante dos dispositivos legais acima mencionados, há que se entender que, legislador, *obviamente*, quis se referir àquela prevista em lei, ou seja, à retenção devida e integral do ICMS/ST, e não à retenção insuficiente do tributo.

Em sendo assim, depreende-se que o legislador cuidou em exigir do atacadista mineiro em referência tanto a diferença do imposto como o seu montante integral, na hipótese do não atendimento à legislação pelo estabelecimento industrial fabricante localizado em outra unidade da Federação, motivo pelo qual não há como acatar a ilegitimidade passiva aventada.

Não obstante, o Fisco informa (fl. 1.273) que em todas as operações em que se cobrou a diferença de ICMS/ST, constata-se que os laboratórios remetentes ou não eram inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado de Minas Gerais, ou, apesar de já terem sido inscritos, pertenciam a Estado (São Paulo) que não mais participava do convênio sobre medicamentos.

Quanto ao citado artigo 85, inciso II, alínea “c”, da Parte Geral do RICMS/96, o mesmo dispõe tão-somente a respeito do “prazo de recolhimento do imposto”, não interferindo, portanto, na “responsabilidade pela substituição”, disciplinada principalmente pelo artigo 29 transcrito, que produziu efeitos a partir de agosto/96.

A Impugnante alega também cerceamento de defesa, eis que não teria tido acesso às listas de preços dos medicamentos constantes das revistas ABCFarma e Kairos utilizadas pelo fisco para se apurar a base de cálculo do imposto.

Tal alegação também não merece acolhida posto que as referidas revistas são encontradas em qualquer estabelecimento farmacêutico, portanto, de fácil acesso para a Impugnante, empresa atacadista/distribuidora de medicamentos.

Verifica-se que o artigo 4º da Portaria nº 37, de 11/05/92, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (fl. 1.171), estabelece que tais publicações devem estar à disposição dos consumidores. Portanto, as mesmas não se revestem em instrumentos de uso restrito do Fisco. Acrescente-se que em sua peça defensiva a própria Autuada trouxe aos autos cópia de diversas dessas publicações, mostrando-se a par de toda a legislação que envolve a matéria bem como do funcionamento das associações responsáveis pela divulgação dos preços dos remédios, circunstância que, inclusive, permitiu a mesma identificar, à fl. 1.023 dos autos, alguns laboratórios e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

medicamentos que não constavam da lista da ABCFarma, fato que levou o Fisco a adotar, para estas situações, o preço constante da nota fiscal do fabricante acrescido da margem de agregação prevista no artigo 239 do Anexo IX do RICMS/96.

Esclarecida a natureza do crédito tributário em referência, cumpre destacar que a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária é apurada conforme os critérios estabelecidos no artigo 239 do Anexo IX do RICMS/96, que possui a seguinte redação:

"Art. 239 - A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o valor correspondente ao preço constante de tabela sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor, ou, na falta desta, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial".

Analisando-se a mencionada Portaria nº 37, de 11/05/92 (fl. 1.171), conclui-se que o Governo Federal *liberou* o preço dos medicamentos para as unidades produtoras, ao mesmo tempo em que *limitou a margem de comercialização* do produto pelas unidades atacadistas e varejistas, calculada a partir do referido preço estabelecido pelo industrial.

Nesse sentido, vale destacar os seguintes dispositivos da aludida norma legal:

"Parágrafo 1º do art. 2º - O preço máximo ao consumidor para os produtos a que se refere o *caput* deste artigo será calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço do fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e será único em todo o território nacional.

Art. 4º - As unidades de comércio varejista deverão manter à disposição dos consumidores e para verificação por parte da fiscalização, as listas de preços máximos ao consumidor para os produtos a que se refere o art. 2º desta portaria."

A propósito, assim se manifestou SLT, nas respostas às Consultas de Contribuintes nºs 188/99 e 173/200 (fls. 1.276/1.277), onde o referido órgão enfatiza que:

"NO TOCANTE AOS MEDICAMENTOS CONSTANTES DE LISTAS DA ABCFARMA E/OU OUTRAS DO GÊNERO, PUBLICADAS DE ACORDO COM OS ARTIGOS 2º E 4º DA PORTARIA Nº 37, DE 11/05/92, DO ENTÃO MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO, AINDA VIGENTE, A BASE DE CÁLCULO DO ICMS A SER RECOLHIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA É O PREÇO PREVISTO EM TAIS PUBLICAÇÕES PARA VENDA A CONSUMIDOR FINAL."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na peça fiscal adotou-se como base de cálculo do ICMS/ST o preço constante das referidas tabelas divulgadas pelas revistas especializadas (que não se confunde com *pauta fiscal*), sendo que a base de cálculo foi reduzida de 10%, em obediência ao que preceitua o § 3º do mencionado artigo 239 do Anexo IX, do RICMS/96.

Portanto, a citação no AI do § 21, do artigo 13, da Lei nº 6.763/75, está correta e em nada prejudicou o feito, salientando-se também a correta menção do artigo 239 e § 3º do Anexo IX do RICMS/96. Ao contrário do que foi alegado, não houve nenhum prejuízo à Autuada, a qual demonstrou total compreensão das imputações, delas se defendendo em sua plenitude.

Relativamente aos erros apontados às fls. 1.022, referentes as diferenças de valores do ICMS de *operações próprias* em relação aos destaques constantes dos documentos fiscais, verifica-se que os mesmos devem-se à exclusão de valores relativos a mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária.

Na nota fiscal n.º 004434, de 10/09/99, por exemplo, conta o destaque do ICMS de R\$ 272,14 e no QUADRO II de apuração (fl. 98) consta R\$ 76,01, eis que foi excluído o produto – *grave-test kit* – por não estar listado entre aqueles sujeitos à ST. Conforme a referida nota fiscal (fl. 314) este item corresponde a R\$ 1.634,40 e o ICMS pela operação própria (12%) R\$ 196,13, que é a diferença entre o considerado no Auto de Infração e a nota fiscal (R\$ 272,14 – R\$ 76,01). O mesmo procedimento foi empregado para as demais operações listadas pela Contribuinte.

Por fim, vale destacar que o Fisco considerou todos os pagamentos do ICMS/ST efetuados, de forma global ou individualizado, não tendo a Impugnante carreado aos autos outros comprovantes de recolhimento além daqueles devidamente expurgados constantes da penúltima COLUNA (E) – ICMS/ST RECOLHIDO – do QUADRO II de fls. 96/101 dos autos que alicerça o feito.

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

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição do Auto de Infração por cerceamento de defesa. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão que o julgava parcialmente procedente para excluir das exigências as notas fiscais com destaque do ICMS/ST. Vencida, em parte, ainda, a Conselheira Maria de Lourdes Pereira de Almeida que também o julgava parcialmente procedente para excluir as exigências relativas às operações em que houve retenção do ICMS/ST por substituto inscrito no Estado de Minas Gerais. A Conselheira Maria de Lourdes Pereira de Almeida apresentará voto em separado, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Gioconda Cecília de Sá Ubaldino Abreu e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sala das Sessões, 18/10/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Edmundo Spencer Martins
Relator



Acórdão:	15.286/01/1 ^a
Impugnação:	40.010104737-34
Impugnante:	Comercial Planalto Vera Cruz Ltda
Proc. Suj. Passivo:	Gioconda Cecília de Sá Ubaldino Abreu /Outra
PTA/AI:	01.000138292-79
Inscrição Estadual:	062.905763.0043
Origem:	AF/ BH/Adm. Fiscal/Controle Seletivo
Rito:	Ordinário

Voto proferido pela Conselheira Maria de Lourdes Pereira de Almeida, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

Constatou-se, mediante conferência dos documentos fiscais de entradas, que a empresa acima evidenciada deixou de recolher e/ou recolheu a menor o ICMS devido por substituição tributária nas aquisições de medicamentos em operações interestaduais, em função da não utilização do preço máximo de venda a consumidor final sugerido pelo fabricante na composição da base de cálculo do ICMS/ST, no período de novembro/97 a março/01, contrariando o disposto no art. 239 do Anexo IX do RICMS/96.

Importante ressaltar nesta matéria, que o instrumento legal que cria a obrigação de reter e recolher o ICMS/ST, nas operações com mercadorias sob o regime de substituição tributária, é o Convênio celebrado entre os Estados.

No caso de medicamentos verifica-se que o Estado de São Paulo não faz parte do citado Convênio, logo não há imposição legal que obrigue os Contribuintes daquele Estado a promoverem a tributação do ICMS/ST, pela ausência de dispositivo legal. Pois, somente a lei pode criar obrigações, e os Convênios a ele se equiparam. Assim, ainda que houver retenção e/ou retenção a menor pelos contribuintes localizados no Estado de São Paulo, esta se configura como indevida, por ausência de previsão legal, podendo Minas Gerais cobrar o imposto na sua inteireza do Contribuinte mineiro na entrada da mercadoria.

Neste sentido, frise-se o disposto legal sobre a matéria, objeto dos autos, artigo 237, Anexo IX do RICMS/96 (*efeitos de 21-11-97 a 31-03-01*) disciplina que (Obs: a redação original deste artigo não excluía o Estado de São Paulo):

Art. 237 - O estabelecimento industrial fabricante ou o estabelecimento importador, situado em outra unidade da Federação, exceto no Estado de São Paulo, nas remessas para contribuinte deste Estado, dos produtos a seguir relacionados, classificados nos respectivos códigos ou posições da NBM/SH, são responsáveis,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário:"

Já o item 4, do § 1º do referido dispositivo legal (*efeitos de 01-06-98 a 31-03-01*), preceitua que a responsabilidade instituída neste artigo aplica-se:

"4) ao contribuinte mineiro que adquirir mercadoria, de outra unidade da Federação, sem a retenção do imposto, para fins de comercialização, uso ou consumo do adquirente, hipótese em que o imposto deverá ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante GNRE."

O voto proferido por esta Conselheira diverge dos demais, somente no que tange aos contribuintes de fora do Estado de Minas Gerais que tenham inscrição estadual de substituto tributário e que tenham feito retenção do ICMS/ST a menor do que o devido na operação, pois estes passaram a ter a obrigação de reter uma vez que se inscreveram nesta condição.

Neste sentido, o contribuinte mineiro que receber a mercadoria com retenção do ICMS/ST a menor, de substituto tributário, não poderá ser responsabilizado pela diferença, pois o próprio Estado conferiu ao substituto tal responsabilidade extrapolando o alcance do Convênio, com base nos fundamentos acima citados.

Por estas razões julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas às operações em que houve retenção a menor do ICMS/ST, para os contribuintes inscritos como substitutos no Estado de Minas Gerais.

Sala das Sessões, 18/10/01.

Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Conselheira - CC/MG

ltmc