

Acórdão: 15.288/01/1^a
Impugnação: 40.010103488-41
Impugnante: Nacional Hospitalar Ltda (Ifarma Ltda) (Coob.)
Autuada: Sociedade Farmacêutica Henfer Ltda
PTA/AI: 01.000128093.12
IE/SEF: 062.307379.00-38 (Coob.)
CNPJ: 42493502/0001-41 (Aut.)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Sumário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO - MEDICAMENTOS - Constatada a falta de retenção e/ou recolhimento do ICMS/ST referente às vendas de medicamentos a contribuintes mineiros. Utilizou-se base de cálculo do ICMS/ST a estabelecida pelo Protocolo ICMS nº 14/85 e Convênio ICMS nº 76/94 c/c § 1º, art. 2º da Portaria nº 37/92 do Ministério da Economia. Irregularidades caracterizadas consoante arts. 237 e 239, Anexo IX do RICMS/96. Redução da MR ao percentual de 50% previsto no inciso II, art. 56 da Lei 6763/75. Exigências fiscais parcialmente mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada, contribuinte substituto, não reteve e não recolheu o ICMS/ST devido nas operações, verificando-se também que a Coobrigada, destinatária da mercadoria, também não recolheu o ICMS/ST devido nas entradas das mesmas mercadorias. Utilizou-se como base de cálculo, no lançamento do crédito tributário, a estabelecida pelo Protocolo ICMS nº 14/85 e Convênio ICMS nº 76/94, c/c § 1º, art. 2º da Portaria nº 37/92, devido pelas subsequentes saídas de medicamentos em suas operações destinadas a contribuinte localizado no Estado de Minas Gerais, nos períodos de 03/1994 a 10/1997. Exige-se o ICMS/ST e MR (100%) formalizadas no AI nº 01.000128106.12 de 25/06/99.

Inconformada, a Coobrigada, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, apresenta Impugnação, fls. 50/56, com suas razões de defesa e pede pela improcedência do lançamento.

O Fisco se manifesta, fls. 213/217, não acatando as razões da Impugnante e encerra solicitando a aprovação integral do lançamento.

DECISÃO

O presente litígio versa sobre falta de retenção ou retenção a menor do ICMS devido a este Estado a título de substituição tributária, concernente às saídas de medicamentos destinadas a contribuintes localizados neste Estado de Minas Gerais.

Em análise preliminar, verifica-se que não procede a arguição de nulidade do auto de infração por alegado cerceamento de defesa, o que não se configurou, pois as autuadas foram intimadas de todos os atos processuais, se defendendo em todos eles.

Ressalte-se ainda, que foi garantido à Autuada o direito de ampla defesa na esfera administrativa, a teor do disposto no art. 84 da CLTA/MG, tendo a mesma impugnado o feito de forma regular, conforme art. 97 do mesmo diploma legal.

Para análise do mérito, torna-se importante destacar que a Autuada é estabelecimento industrial, fabricante, localizado no Estado do Rio de Janeiro, sendo que as operações objeto da presente peça fiscal reportam-se ao período de maio/97 a janeiro/99.

A responsabilidade da Autuada, localizada no Estado do Rio de Janeiro, pelo pagamento do ICMS/ST decorre do art. 237, Anexo IX do RICMS/96 que na condição de substituto tributário está obrigada legalmente a reter e a recolher o ICMS/ST devido nas operações subsequentes a serem realizadas pelo atacadista e varejista adquirentes, localizados neste Estado. *In verbis*:

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 subsequentes, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário.” (gn)

A responsabilidade da Impugnante, Coobrigada nos autos e destinatária da mercadoria, pelo recolhimento do ICMS/ST nas entradas das mercadorias em seu estabelecimento decorre do disposto legal no § 1º, artigo 29 do RICMS/MG. *In verbis*:

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

§ 1º - Nas hipóteses do caput, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista que receber a mercadoria, sem a retenção do imposto, será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado.

Efeitos de 01/08/96 a 23/10/97 - Redação original deste RICMS/MG: “Parágrafo único - Nas hipóteses do caput, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista que receber a mercadoria, sem a retenção do imposto, será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária, há que se observar o disposto no Protocolo ICM nº 14/85 e Convênios ICMS nº 76/94 e 79/96, que foram recepcionados neste Estado, artigo 239, Anexo IX do RICMS/96. *In verbis:*

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”. (Efeitos a partir de 11-10-96 – Reação do art. 16 e vigência estabelecida pelo art. 29, IV, “c”, ambos do Dec. nº38.410 de 06-11-96).

Importante destacar que na falta do referido preço de *tabela* o Regulamento estabelece outros critérios para sua fixação.

Em análise a Portaria nº 37 de 11-05-92, expedida pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, verifica-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, circunstâncias que, em última análise, concorreram para o *tabelamento* do preço máximo de venda a consumidor dos remédios.

Nesse sentido, destaca-se os artigos da Portaria nº 37/92. *In verbis:*

Art. 2º -

§ 1º - 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.” (gn)

Nesta linha e consubstanciado na resposta da SLT à Consulta nº 188/99, republicada no “MG” de 07-01-00, 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 37/92, 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”.

O argumento da defesa de que não se aplicava a legislação tributária do ICMS/ST em função do acondicionamento do produto, pois os mesmos foram embalados para consumo hospitalar, não procede, não havendo na legislação distinção da incidência do ICMS/ST em função do tipo de embalagem. Outrossim, e conforme anteriormente analisado, o que a legislação não permite é a retenção do imposto quando o adquirente enquadrar-se na condição de não-contribuinte, nos casos de hospitais, órgãos públicos e outros semelhantes, o que não acontece nas operações objeto da presente peça fiscal destinadas a estabelecimento atacadista, localizado neste Estado de Minas Gerais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

In casu, ao contrário do enfatizado pela Autuada, infere-se que a adquirente, ora Coobrigada e Impugnante, encontra-se cadastrada neste Estado sob Código de Atividade Econômica –CAE nº 43.3.1.00-I- Comércio atacadista de produtos farmacêuticos da flora medicinal e ervanários.

Em sendo assim, entendemos restar caracterizada nos autos a responsabilidade da Autuada, na condição de substituto tributário, pela retenção e recolhimento do ICMS que será devido nas operações subseqüentes a serem realizadas pelo atacadista adquirente, localizado neste Estado.

Adotou-se como base de cálculo do ICMS/ST o preço constante das referidas tabelas divulgadas pelas revistas especializadas, anexadas por amostragem aos autos, fato admitido pela própria Autuada, que é o estabelecimento fabricante dos medicamentos, sendo que a partir de 01/05/95 a base de cálculo foi reduzida de 10%, em obediência ao §3º, art. 825 do RICMS/91, nova redação dada pelo art. 239, Anexo IX do RICMS/96.

No que concerne as questões levantadas pela Autuada relativas à inconstitucionalidade do instituto da substituição tributária “para frente”, frisamos que fica prejudicada sua análise, face ao disposto no inciso I, art. 88 da CLTA/MG, que também deve ser acionado relativamente aos argumentos desenvolvidos pela mesma quanto à Multa de Revalidação aplicada (100%), que se encontra adequada à Lei nº 12.729/97.

Quanto a aplicação da penalidade majorada pelo descumprimento da obrigação principal, no regime de tributação pelo sistema de substituição tributária para se atribuir ao sujeito passivo a responsabilidade pela retenção do ICMS, há que se verificar as diversas facetas da operação para os contribuintes que a estão realizando, ou seja se operação própria ou operação do substituto, ICMS, e a operação de substituição, retenção do ICMS/ST. Em se tratando de indústria a esta cabe sempre destacar o ICMS da operação própria, e destacar o ICMS/ST, rete-lo e recolhe-lo. Ressaltando que a obrigação de reter é função atribuída sempre ao substituto tributário, que o exerce em nome de outrem, e a destinatária figura na operação como substituída, não havendo que atribuir-lhe a obrigação de reter, mas somente de recolher o ICMS, tal obrigação lhe é repassada, na ausência da retenção do ICMS/ST pela substituta, por força de norma legal.

Assim, para se aplicar a penalidade de Multa de Revalidação-MR- majorada por descumprimento de obrigação principal, estatuída no § 2º, art. 56 da Lei 6763/75, há que estar configurada a dupla ocorrência, falta de retenção e de recolhimento do ICMS/ST, para a correta aplicação da penalidade em dobro. Verifica-se, nos autos, figurar no polo passivo da obrigação como Autuada, a distribuidora, remetente da mercadoria e substituta na relação de substituição tributária, e como Coobrigada, o varejista, substituído, que deu entrada na mercadoria. Assim entende-se não ser pertinente a aplicação da multa de revalidação majorada, mas a MR prevista no inciso II, art. 56 da 6763/75, pois é atribuído a Coobrigada somente a obrigação de recolher o ICMS/ST, ficando prejudicada a aplicação da MR em dobro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para reduzir a MR a 50%(cinquenta por cento). Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) que o julgava procedente. Designada relatora a Conselheira Maria de Lourdes Pereira de Almeida (Revisora). Participaram do julgamento, além dos signatários e da Conselheira já citada, o Conselheiro Edmundo Spencer Martins.

Sala das Sessões, 18/10/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora

JAL/