

Acórdão: 15.289/01/1^a
Impugnações: 40.010056930-21 (Aut.) 40.010056931-01 (Coob.)
Impugnantes: Instituto de Medicamentos e Alergia Ima Ltda (Autuada)
Nacional Hospitalar Ltda (Coobrigada)
PTA/AI: 01.000128141.89
Inscrição Estadual: 048.763981.0020 (Autuada) 062.307379.0038 (Coobrigada)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR - MEDICAMENTOS – Acusação de retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST devido pelas subseqüentes saídas de medicamentos realizadas pelo destinatário localizado em Minas Gerais. Utilização de base de cálculo inferior a estabelecida pelo Protocolo ICMS 14/85 e Convênio ICMS 76/94, c/c art. 2º, § 1º da Portaria nº 37/92 do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Infração caracterizada. Entretanto, deve-se aplicar a redução de 10% na base de cálculo do ICMS/ST, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/05/1995 e reduzir a Multa de Revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento), adequando-se a mesma à capitulação prevista no art.56, inciso II, da Lei 6.763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

O Auto de Infração n.º 01.000128141.89 foi lavrado em 05/07/99 para formalizar crédito tributário exigido a título de ICMS e MR(100%), por constatar o Fisco que a Empresa Autuada, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro e inscrita em Minas Gerais como contribuinte substituto, em operações de saída de medicamentos, reteve e recolheu a menor o ICMS/ST devido pelas operações subseqüentes realizadas pelo destinatário localizado neste Estado, o qual foi incluído no polo passivo na condição de Coobrigado. A insuficiência quanto a retenção e recolhimento do ICMS/ST verificou-se por ter a Autuada utilizado base de cálculo menor que a estabelecida pelo Protocolo ICMS 14/85 e Convênio ICMS/76/94.

Inconformada com as exigências fiscais, Autuada e Coobrigada impugnam tempestivamente o Auto de Infração respectivamente em fls. 70/83 e 94/100, por intermédio de seus representantes legais.

O Fisco, em manifestação de fls. 102 a 111, refuta as alegações das Impugnantes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 126/133, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

Inicialmente cumpre salientar que as questões levantadas pelas Impugnantes que versaram sobre inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, não são objeto de apreciação do órgão julgador administrativo, face as disposições contidas no artigo 88, inciso I, da CLTA/MG.

Por outro lado, no que se refere ao alegado cerceamento de defesa, ressalte-se a garantia dada às Impugnantes do direito de ampla defesa na esfera administrativa, a teor do disposto no artigo 84 da CLTA/MG, tendo a mesma impugnado o feito de forma regular, conforme artigo 97 do mesmo diploma legal.

Quanto o mérito, a autuação trata da cobrança do ICMS e da respectiva Multa de Revalidação pela constatação de que a Autuada, na condição de contribuinte substituto, realizou operações de saídas de medicamentos com retenção a menor do ICMS/ST devido pelas subseqüentes operações realizadas pela destinatária(Coobrigada).

Trata-se a Autuada de estabelecimento industrial (fabricante) localizado no Estado do Rio de Janeiro, sendo que as operações objeto da presente peça fiscal reportam-se ao período de julho de 1994 a agosto de 1998.

A imputação fiscal de insuficiência de recolhimento decorre da utilização de base de cálculo menor do que a estabelecida pelo Protocolo ICM 14/85 e pelo Convênio ICMS 76/94, que determinam que o valor tributável será o valor correspondente ao preço constante de tabela sugerida por órgão competente para venda ao consumidor, e na falta deste, o preço máximo de venda a consumidor – PMVC – sugerido pelo estabelecimento industrial.

A utilização dos preços máximos de venda a consumidor como critério para a obtenção da base de cálculo do ICMS/ST, encontra-se estabelecida no artigo 239, *caput*, do Anexo IX, do RICMS/96, originário do comando inserto no artigo 13, § 21, da Lei 6.763/75, que assim dispõem:

Lei n.º 6.763/75

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

(...)

§ 21 - Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá o regulamento estabelecer como base de cálculo este preço."

(.....)

RICMS/96

"CAPÍTULO XXIV

**Das Operações relativas a Medicamentos
e Outros Produtos**

(...)

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 a venda a consumidor, ou, na falta desta, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial."

Com o advento da Portaria n.º 37/92, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, ficou estabelecido que o preço máximo de venda a consumidor de produtos farmacêuticos da linha humana, seria obtido na forma calculada pelo § 1.º, do artigo 2º, daquela norma. Ainda, conforme prevê o seu artigo 4º, referidos preços comporiam listas disponibilizadas aos consumidores e à fiscalização competente, no âmbito do comércio varejista.

Consoante a tais disposições, o Fisco – ao mencionar em seu relatório fiscal que os preços máximos de venda a consumidor são aqueles fixados conforme determinação contida na citada Portaria n.º 37/92 do MEFP – apenas exige o cumprimento da segunda forma eleita pelo artigo 239, do Anexo IX, do RICMS/96, para a obtenção da base de cálculo do ICMS/ST nas operações com medicamentos.

Nos processos ora em exame, constata-se que a Autuada utilizou como base de cálculo do ICMS/ST preços unitários muito aquém do preços máximos de venda sugeridos, relacionados na Revista ABCFarma e outras, conforme tabelas anexas.

A propósito, registre-se que a SLT/SEF deixou consubstanciado na Consulta n.º 188/99 o entendimento de que, relativamente ao medicamentos constantes de listas da ABCFarma e/ou outras do gênero, publicadas de acordo com os artigos 2º e 4º da Portaria n.º 37/92 – a base de cálculo do ICMS a ser recolhido por substituição tributária é o preço previsto em tais publicações para venda a consumidor final.

Verifica-se assim, que no caso dos autos, a apuração incorreta do imposto decorreu simplesmente da não observância das normas estabelecidas, sendo importante destacar que a legislação tributária não faz distinção da incidência do ICMS/ST em função do acondicionamento do produto, não importando, pois, se os mesmos foram embalados ou não para consumo hospitalar. Outrossim, o que a legislação não permite é a retenção do imposto quando o adquirente enquadrar-se na condição de não-contribuinte, o que não acontece nas operações objeto da presente peça fiscal, em o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

crédito tributário foi lançado com base nas notas fiscais de venda para distribuidora de medicamentos situada neste Estado.

Deve ser observado no trabalho fiscal a redução de 10% (dez por cento) da base de cálculo, prevista a partir de 01 de maio de 1995 no § 3.º, do artigo 239, do Anexo IX, do RICMS/96.

Por sua vez, a Multa de Revalidação aplicada deve ser reduzida ao percentual de 50% (cinquenta por cento) adequando-se à capitulação prevista no inciso II, da Lei 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: 1) aplicar a redução de 10% na base de cálculo do ICMS/ST, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/05/1995; 2) reduzir a Multa de Revalidação à 50% (cinquenta por cento). Vencidas, em parte, as Conselheiras Luciana Mundim de Mattos Paixão e Maria de Lourdes Pereira de Almeida que excluía do pólo passivo da obrigação tributária a Coobrigada Nacional Hospitalar Ltda e aplicavam a redução de 10% na base de cálculo do ICMS/ST, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/05/1995. Decisão sujeita ao disposto no artigo 139 da CLTA, salvo na hipótese de interposição de Recurso de Revisão pela Fazenda Pública Estadual.

Sala das Sessões, 18/10/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Edmundo Spencer Martins
Relator

RC