

Acórdão: 14.424/01/2^a
Impugnação: 40.010102927-21
Impugnante: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.
PTA/AI: 02.000158971-05
Inscrição Estadual: 518.634368.00-09
Origem: AF/Pouso Alegre
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Falta de recolhimento do ICMS/ST, decorrente das aquisições de medicamentos feitos pela Autuada de empresa situada em outra unidade da Federação, sem retenção do imposto. Infração caracterizada, nos termos do art. 85, inciso II, alínea “c” do RICMS/96. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Foi constatado que o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS/ST no momento da entrada de mercadorias (medicamentos) em território mineiro, provenientes do Estado de São Paulo.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 67/69, onde requer que o cancelamento e arquivamento do Auto de Infração.

O Fisco manifesta-se às fls. 85/89, refutando as alegações da defesa, requerendo, ao final, a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em Despacho de fls.100, solicita diligências junto à SPDC, que resulta na juntada de Parecer daquela Unidade e demais documentos, autuados às fls.102 a 303 dos autos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 91/99, opina pela procedência do lançamento, ratificando este entendimento às fls. 304/305.

DECISÃO

Trata o presente Auto de Infração da exigência de ICMS/ST e MR tendo em vista que a Autuada deixou de recolher o imposto no momento da entrada das

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadorias (medicamentos oriundos do Estado de São Paulo) em território mineiro.

A Impugnante centraliza sua defesa no argumento de que a exigência é inconstitucional, uma vez que a Lei Estadual delegou ao poder executivo a tarefa de atribuir responsabilidade tributária aos industriais, distribuidores e comerciantes atacadistas, através de regulamento, enquanto que a LC 87/96 exige que a própria lei o faça.

Certamente não lhe assiste razão, tendo em vista que a nova redação do artigo 22 da Lei nº 6.763/75 atribui a condição de responsável tributário ao alienante ou remetente, abrangendo com tais termos o industrial, o distribuidor e o comerciante atacadista.

Mas na realidade, o que deve ser aqui considerado, é que não há espaço para esta discussão no âmbito do processo administrativo, tendo em vista o disposto no artigo 88 da CLTA/MG, devendo tal argumentação ser apresentada ao foro judicial; aliás, segundo informações contidas na peça defensiva, a Impugnante já o fez, e pelo visto sem sucesso, uma vez que até a presente data a Fazenda Pública não recebeu qualquer notificação relacionada com o mandado de segurança que a Autuada informou estar em poder do MM. Juiz de Direito da 3ª vara cível da comarca de Poços de Caldas.

A Impugnante se reporta, ainda, a mandado de segurança que impetrou à época em que outra era a redação da Lei 6.763/75, antes do advento da LC 87/96, para não ter que se submeter ao instituto da substituição tributária, segurança que foi concedida pelo Supremo Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 58.512-0.

Em relação a este fato, o Fisco transcreve parecer da Procuradoria do Estado de Minas Gerais, datado de 14 de julho de 1999, em resposta a diligência solicitada por este Egrégio Conselho, em relação a dois PTAs cujo sujeito passivo, a empresa Kimberly Clark Denko Ind. E Com. Ltda., deixou de recolher o ICMS devido por substituição tributária, nas remessas de medicamentos para a ora Impugnante, em virtude de estar desonerada da obrigação, tendo em vista esta decisão judicial obtida pela empresa aqui Autuada, confirmada pelo STJ.

Remete-se à leitura do referido parecer às fls. 87/88 dos autos, o qual faz parte integrante da manifestação fiscal, tendo em vista que este esclarece, sem sombra de dúvidas, que desde a época em que o Estado de São Paulo ainda era signatário do Convênio 76/94 já não havia qualquer impedimento para a ação fiscal ou prejuízo para o julgamento do contencioso por parte do CC/MG, uma vez que afinal a referida sentença acabou por se tornar contrária à Impugnante.

Além disso, tal processo foi embasado em leis anteriores à vigência da LC 87/96, que com seu advento mudou o cenário jurídico relativo à substituição tributária, o que também foi objeto de análise no referido parecer.

Aliás, a própria Autuada demonstra o reconhecimento das alterações ocorridas no plano jurídico, vez que intentou novas ações que resultaram em variados processos, todos pendentes de julgamento, descritos e analisados em memorando

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

GAB/SpDC n.º 032/2000, cuja cópia está anexada aos PTAs 02.000148977.05, 02.000148969.71 e 02.000148974.71, em que a Autuada é sujeito passivo, que tratam de exigência idêntica a este.

A título de exemplificação, permitimo-nos relacionar tais processos, conforme informado pela Subprocuradoria de Defesa Contenciosa:

“1 – Apelação n.º 158.839-1 da comarca de Poços de Caldas

Os recursos (principal, da FPE, e adesivo, da MEDCALL), ainda se encontram pendentes de julgamento. A FPE teve vista dos autos, tendo protocolado memorial, em 07.04.00

2 – Recurso Especial n.º 201.797/MG

Não houve qualquer alteração na situação do processo: o RESP do contribuinte, distribuído no STJ em 10.08.99, continua pendente de julgamento.

3 – Apelação n.º 141.472-1, da comarca de Belo Horizonte

O contribuinte interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão pela qual o 1º Vice-Presidente do TJMG inadmitiu o RESP interposto; os autos do AI foram remetidos ao STJ em 01.03.00

4 – Apelação n.º 156.055-6, da comarca de Poços de Caldas

O recurso ainda não foi julgado; os autos foram conclusos ao Desembargador Relator nesta data.”

Fica, portanto, claramente comprovado que não está em vigor qualquer medida impeditiva do procedimento fiscal e que a argumentação em torno de suposta segurança definitiva obtida pela Impugnante no âmbito judicial é apenas protelatória.

No mérito, a exigência fiscal ampara-se no artigo 85, inciso II, alínea “c” do RICMS/96, que estabelece o momento da entrada da mercadoria no território mineiro como prazo para recolhimento do imposto, no caso de contribuinte mineiro que adquira os produtos relacionados no *caput* do artigo 237 de outra unidade da Federação, sem a retenção do imposto – item 4 do § 1º do artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96.

Os remetentes destes produtos estabelecidos no Estado de São Paulo não são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subsequentes a serem realizadas em território mineiro, desde 21/11/97, quando o Decreto 39.274/97 alterou o Decreto 38.104/96, adaptando-o à nova situação determinada pela denúncia feita pelo Estado de São Paulo ao Convênio 76/94.

Entretanto, existe a possibilidade dos remetentes estabelecidos naquele Estado efetuarem o recolhimento do ICMS/ST, se forem signatários de Termo de Acordo firmado com a SEF/MG especialmente para este fim, mas não é o caso presente nos autos – o Fisco inclusive informa, no relatório do *AI*, que nem a Autuada nem a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

remetente das mercadorias são signatárias de Termo de Acordo com a Fazenda Estadual mineira.

Desta forma, não tendo sido efetuada a retenção, a Impugnante fica sujeita ao recolhimento do imposto no momento da entrada das mercadorias em território mineiro, em função dos dispositivos já mencionados do decreto regulamentar, sendo legítimas as exigências fiscais.

A base de cálculo utilizada, relativa aos medicamentos, atende o disposto no artigo 239 do Anexo IX do RICMS/96 que determina que *a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o valor correspondente ao preço 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*, reduzida de 10% (dez por cento), por determinação do § 3º do mesmo artigo.

O preço dos *medicamentos* de uso humano estão sujeitos ao disposto na Portaria 37/92 publicada no DOU de 12.05.92, que dispõe no § 1º do artigo 2º que *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 território nacional*.

Este preço (preço do fabricante dividido por 0,7) consta de publicações especializadas, que obrigatoriamente as unidades de comércio varejista devem manter à disposição dos consumidores, por força do artigo 4º da Portaria retrocitada, sendo portanto o preço a ser utilizado na apuração da base de cálculo para fins de substituição tributária.

A planilha utilizada pelo Fisco para a apuração do ICMS/ST devido, utiliza-se deste preço para apurar a base de cálculo, preço este relacionado na coluna *Preço máximo*.

No entanto, alguns ajustes são necessários na apuração do valor final exigido, em função da sistemática de cálculo adotada pelo Fisco.

Para que melhor se entenda a necessidade dos ajustes a serem propostos, importa aqui voltarmos à Portaria 37/92 a que já nos referimos, mais especificamente ao disposto no § 2º de seu artigo 2º, que determina que *“as unidades produtoras e as de comércio atacadista/intermediário repassarão obrigatoriamente às unidades varejistas, o diferencial do ICMS entre o estado de origem e o de destino, bem como colocarão os produtos CIF no destinatário.”*

Ou seja, o repasse previsto pela portaria retromencionada deve ser dado pelo fabricante ao varejista, o que significa que o valor correspondente, equivalente ao percentual de 6,82%, deve ser abatido do preço do fabricante.

A planilha utilizada pelo Fisco está em conformidade com esta situação,

sendo adequada para o cálculo da ST devida, estando preparada para receber na coluna *Preço fábrica* o valor do preço do fabricante previsto na portaria 37/92, valor este que consta também das publicações especializadas juntamente com o preço máximo de venda a consumidor (que lembramos ser este mesmo preço do fabricante dividido por 0,7).

Entretanto, o Fisco não observou que os preços unitários constantes das notas fiscais neste caso são preços líquidos, que já representam o valor do preço do fabricante descontado o repasse, fato este verificado ao compararmos o preço do fabricante constante das publicações especializadas com o preço unitário constante dos documentos fiscais; aliás, uma vez que o preço máximo de venda a consumidor, por força da Portaria 37/92, deve ser o preço do fabricante dividido por 0,7 (zero vírgula sete), faz prova do que acabamos de afirmar o fato de que multiplicando-se o *preço máximo* constante das planilhas pelo mesmo índice, em relação às notas fiscais anexadas ao PTA, não se encontra o valor lançado pelo Fisco como preço de fábrica, mas sim um valor maior.

A seguir, citamos alguns exemplos:

NF 421144 – fls. 27 – o produto *micardis* tinha à época o preço do fabricante fixado em R\$ 38,01. Abatendo-se do mesmo o percentual de 6,82% a título de repasse ($38,01 \times 0,9318$) obtém-se o valor unitário constante do documento fiscal, ou seja, 35,42

NF 421129 – fls. 05 – os produtos *atrovent solução 0,025% 20 ml* e o produto *berotec gts 20 ml* tinham respectivamente fixados os preços do fabricante em R\$ 6,72 e R\$ 2,38. Efetuando-se o abatimento do percentual de 6,82% a título de repasse, obtemos o valor unitário constante dos documentos fiscais, ou seja, respectivamente 6,26 e 2,22.

Na planilha utilizada pelo Fisco, foram lançados os valores unitários constantes dos documentos fiscais na coluna *Preço fábrica*, de forma que o repasse de 6,82% foi automaticamente descontado outra vez, resultando num valor menor do que o real para a base de cálculo do ICMS operação própria. Tal situação acaba por gerar um crédito menor a ser abatido no cálculo do ICMS/ST, o que em tese significa uma exigência de ICMS/ST a recolher maior do que a devida.

Em contrapartida, ao efetuar o cálculo do ICMS/ST devido, pela aplicação da alíquota interna de 18% sobre a base de cálculo definida para a substituição (lembrado aqui ser esta o preço máximo de venda a consumidor conforme portaria já citada), o Fisco descontou de novo, indevidamente, o valor do repasse já concedido na operação interestadual, reduzindo desta forma a base de cálculo do ICMS/ST, o que em tese provoca uma exigência a menor do ICMS/ST a ser recolhido.

Ao efetuarmos os ajustes necessários nos cálculos, concluímos que na realidade as exigências constantes do **AI** estão cerca de 3,03% abaixo do valor real devido, situação esta que beneficia o contribuinte, portanto não prejudica o presente lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conclui-se, portanto, que por força das disposições contidas na Portaria 37/92, o preço do fabricante é o valor que deve ser considerado como base para cálculo do repasse relativo ao diferencial do ICMS entre o estado de origem e o de destino a ser concedido pelos fabricantes nas operações interestaduais, sendo deles (fabricantes) a atribuição de calcular e abater o valor do mesmo, o que comprovadamente foi feito em todos os documentos fiscais objeto da autuação.

E ao efetuar o cálculo do ICMS/ST devido nos moldes preconizados no artigo 32 da parte geral do RICMS/96, deve o Fisco conceder o crédito corretamente destacado nos documentos fiscais que acobertam as operações interestaduais.

Da mesma forma, a base de cálculo para apurar o ICMS/ST devido é o *valor correspondente ao preço 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*, conforme determina o artigo 239 do Anexo IX do RICMS/96, reduzida de 10% conforme § 3º do mesmo dispositivo legal.

Sendo as exigências consubstanciadas na peça fiscal inferiores ao valor realmente devido, beneficiando o contribuinte, entende-se que não há prejuízo para o presente lançamento, podendo a diferença vir a ser exigida pelo Fisco, desde que dentro do prazo decadencial.

Embasa ainda este entendimento o disposto no artigo 60 da CLTA/MG, que preconiza que *as incorreções ou omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza da infração argüida*.

E a infração cometida restou plenamente configurada nos autos, uma vez que a Autuada não cumpriu os ditames do artigo 237, § 1º, item 4 do Anexo IX do decreto regulamentar.

Por fim, resta analisar a aplicação da multa de revalidação prevista no artigo 56 inciso II da Lei 6763/75.

É cediço que o recolhimento do ICMS/ST no momento da entrada das mercadorias em território mineiro pelo comerciante atacadista (caso dos autos) envolve o pagamento do imposto devido por duas operações subsequentes que ocorrerão: a operação própria do atacadista (operação de venda a ser por ele efetuada ao varejista) e a operação a ser praticada pelo varejista (operação de venda a ser efetuada pelo varejista ao consumidor final).

Desta forma, no que se refere ao imposto relativo à operação própria a ser praticada pelo atacadista (no caso, a Impugnante), não há que se falar na aplicação da penalidade estatuída no § 1º do artigo 56 da Lei 6763/75, uma vez que o fato não abarca a hipótese ali delineada, qual seja, a falta de retenção e/ou falta de recolhimento do imposto retido por substituição tributária, uma vez que se trata de imposto devido pela operação própria que ele irá promover.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, relativamente ao imposto devido pela operação subsequente a ser realizada pelo varejista, entende-se que seria aplicável o dispositivo que prevê a aplicação da penalidade em dobro, por restar configurada a hipótese de falta de retenção prevista na citada norma.

Mas o que se vê é que não há como estabelecer qual o montante de imposto que se refere a uma e outra operação, sem que conste dos autos o preço a ser praticado pelo atacadista nas suas operações com o comércio varejista, de forma a apurar-se o valor correto da parcela de imposto que caberia ao varejista.

Em sendo assim, tendo em vista a impossibilidade de definir a circunstância material acima explanada, em conformidade com o disposto no artigo 112, inciso II do CTN, reputa-se correta a aplicação da multa de revalidação de 50% sobre o total do imposto devido, por ser mais benéfica ao contribuinte.

A Impugnante faz referência, ainda, ao fato de que o ICMS aqui exigido seria pago através do sistema débito x crédito, uma vez que as notas fiscais foram lançadas em livro próprio.

Não lhe assiste qualquer razão, uma vez que o sistema de apuração por débito x crédito não se aplica aos medicamentos e outros produtos relacionados no Capítulo XXIV do Anexo IX do RICMS/96, que estão sujeitos às disposições legais específicas contidas no mencionado diploma legal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles e Glemer Cássia Viana Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 22/08/01.

Windson Luiz da Silva
Presidente/Revisor

Mauro Heleno Galvão
Relator

VDP/RC