

Acórdão: 14.487/01/2^a
Impugnação: 40.010102957-98
Impugnante: Drogacenter Distribuidora de Medicamentos Ltda
Proc. Sujeito Passivo: Evandro Alves da Silva Grili/Outros
PTA/AI: 02.000158970-24
Inscrição Estadual: 041.249204.05-96
Origem: AF/Pouso Alegre
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Evidenciada a falta de recolhimento do ICMS/ST referente à mercadoria adquirida de outra unidade da Federação, para comercialização, sem a retenção do imposto pelo remetente. Infração caracterizada nos termos do art. 237, § 1º, item 4, Anexo IX, do RICMS/96. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Auto de Infração da exigência de ICMS/ST e MR, tendo em vista que o Contribuinte deixou de recolher o imposto devido, no momento da entrada das mercadorias (medicamentos oriundos do Estado de São Paulo) em território mineiro.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 36/41, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 75/79.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 81/87, opina pela procedência do lançamento.

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 mercadorias (medicamentos oriundos do Estado de São Paulo) em território mineiro, mercadorias estas constantes das notas fiscais cujas 3^{as} vias estão anexadas às fls. 20/32 dos autos, emitidas em 30.11.00.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Os remetentes destes produtos estabelecidos no Estado de São Paulo não eram mais responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subsequentes a serem realizadas em território mineiro, desde 21/11/97, quando o Decreto nº 39.274/97 alterou o Decreto de nº 38.104/96, adaptando-o à nova situação determinada pela denúncia feita pelo Estado de São Paulo ao Convênio 76/94 – observamos aqui que o Estado de Minas Gerais acabou por também denunciar o referido Convênio, revogando o Capítulo XXIV do Anexo IX a partir de 01/04/01, através do Decreto 41.588 de 13.03.01, no entanto à época da autuação o regime de ST se aplicava aos medicamentos nos termos dos artigos 237 e seguintes do Capítulo mencionado.

Embora existisse a possibilidade dos remetentes estabelecidos no Estado de São Paulo efetuarem o recolhimento do ICMS/ST, caso fossem signatários de Termo de Acordo firmado com a SEF/MG especialmente para este fim (nos termos do § 2º do artigo 20 do RICMS/96), este não é o caso dos autos; tampouco a Autuada, na condição de atacadista, era signatária do Termo de Acordo previsto no § 3º do artigo 237 do Anexo IX, de forma que pudesse recolher o imposto no momento da saída das mercadorias de seu estabelecimento.

Desta forma, não tendo sido efetuada a retenção, a Impugnante estava 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 na apuração do ICMS/ST devido, relativa aos medicamentos, atendia ao disposto no artigo 239 do Anexo IX do RICMS/96 que determinava 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 estavam (e ainda 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

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

disposição dos consumidores, por força do artigo 4º da portaria retrocitada, sendo portanto o preço utilizado à época na apuração da base de cálculo para fins de substituição tributária.

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

No entanto, a sistemática de cálculo utilizada na planilha acabou por apurar a menor os valores de ICMS/ST devidos, o que, afinal, não prejudica o contribuinte, razão pela qual não constitui prejuízo para o lançamento.

Para que melhor se entenda o ocorrido, importa aqui voltar à Portaria 37/92, já mencionada, 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, a diferença de alíquotas existente entre as operações interestaduais e as operações internas no Estado destinatário deve ser repassada pelo fabricante ao varejista, o que significa (nas operações ocorridas entre o Estado de São Paulo e Minas Gerais) que o valor correspondente, equivalente ao percentual de 6,82%, deve ser abatido do preço do fabricante.

Entretanto, na composição da planilha, o Fisco não observou que os preços unitários constantes das notas fiscais em apreço 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 acaba-se de afirmar o fato de que multiplicando-se o *preço máximo* constante das planilhas pelo mesmo índice, não se encontra o valor lançado pelo Fisco como preço de fábrica, mas sim um valor maior.

Assim, por exemplo, nota-se que na NF 421192 (fls. 15 e 29), o preço unitário (líquido) do medicamento Ginsana que consta do documento fiscal é de R\$ 19,00, enquanto que o preço do fabricante, constante das publicações especializadas, é de R\$ 20,39. O valor de R\$ 19,00 representa o preço líquido, já descontado o valor do repasse de 6,82%. Ao ser lançado na planilha, esta automaticamente descontou o repasse outra vez, resultando num valor menor do que o real para a base de cálculo do ICMS relativo à operação própria do remetente, valor este que deve ser abatido a título de crédito quando do cálculo do ICMS/ST devido. Tal situação acabou por gerar um crédito menor a ser abatido no cálculo do ICMS/ST, o que ocasionaria uma exigência constante do Auto de Infração maior do que a devida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, em contrapartida, a sistemática adotada pelo Fisco na composição da planilha fez com que o valor do repasse fosse indevidamente subtraído também do *Preço máximo*, o que resultou numa base de cálculo menor que a devida.

Corrigindo-se a sistemática de cálculo adotada, conclui-se que afinal os valores exigidos no Auto de Infração estão aquém dos valores realmente devidos.

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.

Por sua vez, a base de cálculo para fins de substituição tributária, nos termos do artigo 239 do Anexo IX vigente à época era *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.

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.

No entanto, apesar da diferença demonstrada, como a exigência consubstanciada no Auto de Infração se refere a valores inferiores ao realmente devidos, não há prejuízos para o contribuinte, não prejudicando a validade do lançamento.

Por fim, reputamos correta a aplicação da multa de revalidação prevista no artigo 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

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 § 2º, artigo 56, da Lei nº 6.763/75, 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 – ninguém pode ser substituto de si mesmo.

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 no presente caso é que não há como estabelecer qual o montante de imposto que se refere a uma e outra operação; não consta dos autos o preço a ser praticado pelo atacadista nas suas operações futuras com o comércio varejista, que seria o valor da base de cálculo do ICMS devido pela própria operação, de forma a apurar-se o valor correto da parcela de imposto que caberia ao varejista, esta última sim, sujeita à aplicação da penalidade em dobro prevista no § 2º, inciso II, art. 56, da Lei nº 6.763/75.

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, concordamos com o Fisco que é correta a aplicação da multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o total do imposto devido, por ser mais benéfica ao contribuinte, não se aplicando, no caso, a penalidade em dobro.

As demais argumentações trazidas pela Impugnante não alcançam elidir o feito fiscal. O fato da empresa efetuar operações de transferência de mercadorias sujeitas a ST para estabelecimento situado em outro Estado da Federação não a dispensava do recolhimento do ICMS/ST no momento da sua entrada em território mineiro. A ocorrência desta hipótese já estava prevista à época no Capítulo XLV, do Anexo IX, do RICMS/96, que trata dos procedimentos relativos à restituição de ICMS retido por substituição tributária, quando não ocorrer o fato gerador presumido, ou seja, quando ocorrer a saída da mercadoria para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação.

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

A utilização do sistema de apuração por débito x crédito não se aplicava aos medicamentos e outros produtos relacionados no Capítulo XXIV, Anexo IX, do RICMS/96 então vigentes, que se encontravam sujeitos às disposições legais específicas contidas no mencionado diploma legal; qualquer recolhimento efetuado indevidamente sob outro regime de apuração que não aquele previsto para as operações com medicamentos poderá ser objeto de pedido de restituição de indébito, da forma prevista nos artigos 37 e seguintes da CLTA/MG.

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 do signatário, os Conselheiros Edmundo Spencer Martins (Revisor), Glemer Cássia Viana

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diniz Lobato e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 18/09/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente/Relator**

VDP/lg

CC/MG