

Acórdão: 14.491/01/2^a
Impugnação: 40.010103424-94
Impugnante: Sagra Produtos Farmacêuticos Ltda
Proc. S. Passivo: José Rubens Hernandez/Outros
PTA/AI: 02.000200154-17
Inscrição Estadual: 041.838705.0116
Origem: AF/Guaxupé
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatado falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, referente a mercadorias oriundas do Estado de São Paulo, que denunciou o Convênio pertinente, conforme item 4, § 1º, art. 237, Anexo IX do RICMS, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Necessidade de adequação da base de cálculo da exigência fiscal a 90% e da Multa de Revalidação a 50% de seus respectivos valores. Infração caracterizada com as ressalvas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento antecipado, através de GNRE, do ICMS/ST de mercadorias (medicamentos) oriundas do Estado de São Paulo, não o fazendo também no momento da entrada das mesmas em território mineiro.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 17/25), por intermédio de procurador regularmente constituído.

O Fisco, em manifestação de fls. 40/42, refuta as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 45/52, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

Tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, no qual foram abordados todos os aspectos pertinentes ao lançamento em questão, incluindo aqueles impugnados pela Autuada em sua peça de defesa, respeitando-se o Princípio da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verdade Real, abaixo transcreve-se o mesmo, corporificando, assim, os fundamentos da decisão.

“Trata o presente Auto de Infração da exigência de ICMS/ST e MR tendo em vista que a Autuada deixou de efetuar antecipadamente através de GNRE o recolhimento do ICMS/ST de mercadorias (medicamentos) oriundas do Estado de São Paulo, não o fazendo também no momento da entrada das mesmas em território mineiro.

A Impugnante argumenta inicialmente que a exigência é inconstitucional, uma vez que Estado de Minas Gerais instituiu o regime de substituição tributária em violação a preceitos da Constituição Federal, através de decretos do executivo, quando exige-se lei para que possa ser cobrada alguma conduta, positiva ou negativa, de quem quer que seja. Comenta ainda que o Convênio que serve de base para tal instituto não tem valor, uma vez que deveria ser ratificado pela Assembléia Legislativa do Estado para, somente então, ter força de lei e obrigar os envolvidos.

Embora não haja 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, observamos que as notas fiscais objeto da autuação são datadas de 31/01/01, portanto as operações ocorreram sob a vigência da Lei Complementar 87/96, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), não havendo portanto guarida para argumentos relacionados com a suposta ineficácia de que padeceria o Convênio 66/88, que antes exercia esta função.

O artigo 6º da referida Lei Complementar atribui à Lei Estadual a competência para atribuir a contribuinte a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido por operações ou prestações antecedentes, concomitantes ou subsequentes, em relação a mercadorias ou serviços nela previstos.

Por sua vez, a Lei Estadual 6763/75 disciplina em seu artigo 22 as hipóteses de ocorrência da substituição tributária, o que demonstra que a argumentação da Impugnante, mesmo no foro judicial, cairá no vazio.

No mérito, a exigência fiscal ampara-se no item 4 do § 1º do artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96, que estabelecia à época que o imposto devia ser recolhido no momento da entrada da mercadoria no território mineiro, no caso de **contribuinte mineiro** (incluídos, portanto, os atacadistas), que adquirisse os produtos relacionados no *caput* (no caso, medicamentos) de outra unidade da Federação, sem a retenção do imposto. Este prazo era imposto também pelo artigo 85, inciso II, alínea “c” do RICMS/96.

Os remetentes destes produtos estabelecidos no Estado de São Paulo não eram 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 naquele Estado efetuarem o recolhimento do ICMS/ST, se 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 presente nos autos; tampouco a Autuada, na condição de atacadista estabelecido em território mineiro, celebrou o Termo de Acordo previsto no § 3º do artigo 237 do Anexo IX vigente à época.

Desta forma, 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.

Embora o artigo 89 inciso IV do RICMS relacionado pelo Fisco no Auto de Infração não se aplique ao caso presente, uma vez que se refere à *falta de destaque no documento fiscal do imposto retido por substituição tributária devido a este Estado* – e já vimos que o remetente das mercadorias não é contribuinte substituto, portanto não tem que reter nem destacar na nota fiscal que emite o imposto devido por ST a este Estado – tal fato não prejudica o lançamento, uma vez que o item 4 do § 1º do artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96, também elencado no **AI** e expressamente transcrito pela Impugnante às fls. 19, tratava especificamente do prazo para recolhimento, que é o momento da entrada das mercadorias em território mineiro.

Embasa ainda o nosso 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, vigente à época dos fatos geradores aqui tratados; embora ciente do dispositivo legal que a tornava responsável, uma vez que o transcreveu expressamente às fls. 19, a Impugnante optou por interpretá-lo da forma que lhe convinha, afirmando que a norma não alcançava os atacadistas. Mas este entendimento não a socorre, uma vez que a atribuição de responsabilidade atinge indistintamente o **contribuinte mineiro**, qualquer que seja ele, sem qualquer restrição, o que por certo inclui os atacadistas estabelecidos em território mineiro, inscritos no Cadastro de Contribuintes deste Estado.

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*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

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 utilizado à época na apuração da base de cálculo para fins de substituição tributária.

O Fisco, para a apuração do ICMS/ST devido, utilizou-se deste preço para apurar a base de cálculo, conforme informado no relatório do Auto de Infração; no entanto, deixou de aplicar a redução de 10% (dez por cento), determinada no § 3º do artigo 239, o que resultou em exigência a maior do imposto devido, que ao invés de R\$ 71.955,70 deve ser R\$ 60.056,89, conforme demonstrado abaixo:

BC	$661.044,71 \times 0,90 = 594.940,24$
ICMS/ST	$594.940,24 \times 18\% = 107.089,24$
(-)	ICMS op. Própria = 47.032,35
(=)	ICMS a recolher = 60.056,89

Por fim, resta analisar a aplicação da multa de revalidação em dobro aplicada, prevista no artigo 56 inciso II § 2º 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 § 2º 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.

Entretanto, relativamente ao imposto devido pela operação subsequente a ser realizada pelo varejista, entendemos que seria aplicável o dispositivo que prevê a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, a partir da documentação que compõe os autos, qual o montante de imposto que se refere a uma e outra operação, uma vez que não é conhecido o preço a ser praticado pelo atacadista nas futuras operações com o comércio varejista, de forma a apurar-se o valor correto da parcela de imposto incluída no cálculo do ICMS/ST 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, reputamos que seria mais correta a aplicação da multa de revalidação de 50% sobre o total do imposto devido, por ser mais benéfica ao contribuinte.

Desta forma, a multa de revalidação exigida no **AI** passaria a ser no valor de R\$ 30.028,45 (60.056,89 x 50%).

A Impugnante faz referência, ainda, ao fato de que efetua operações que destinam as mercadorias para outros Estados, de sorte que a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações inerentes ao regime da substituição tributária surgiria somente a partir do momento em que os produtos saíssem de seu estabelecimento, tendo em vista que as saídas com destino a outras unidades da Federação escapavam do regime da substituição.

Não lhe assiste razão, entretanto, uma vez que o decreto regulamentar já previa expressamente no Capítulo XLV do Anexo IX os procedimentos a serem seguidos pelos contribuintes, no caso de efetuarem para outros Estados remessas de mercadorias cujo ICMS foi pago por substituição tributária – artigos 349 a 357.

Observamos ainda que a legislação transcrita pela Impugnante – artigos 24, 25 e 29 do RICMS/MG – trata das normas gerais aplicáveis às saídas sujeitas à retenção do ICMS/ST promovidas por fabricantes e revendedores atacadistas ou distribuidores, contribuintes mineiros, que sejam considerados contribuintes substitutos nestas operações (de saída).

O presente caso, ao contrário, trata da responsabilidade que era atribuída à Autuada na entrada das mercadorias adquiridas do Estado de São Paulo sem retenção, responsabilidade esta estatuída à época no artigo 237, item 4, § 2º do Anexo IX do regulamento mineiro, conforme já vimos no decorrer deste parecer. Portanto, ao contrário do que afirma a Impugnante, ela não podia ser considerada sujeito passivo por substituição, pois sua responsabilidade era relativa à entrada de mercadorias recebidas sem retenção; para que fosse possível efetuar a retenção no momento da saída da mercadoria de seu estabelecimento, observando o disposto na alínea *a.I do inciso II do artigo 85*, seria necessário que houvesse sido firmado o termo de acordo previsto no § 3º do artigo 237 já tantas vezes aqui mencionado.

As demais alegações contidas na impugnação apresentada não ilidem o lançamento, uma vez que não houve tratamento desigual – a legislação citada era

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aplicável a todos os estabelecimentos atacadistas, contribuintes mineiros, que recebessem medicamentos de outros Estados da Federação sem retenção do imposto – nem qualquer apreensão de mercadorias que caracterizasse impedimento para o livre trânsito das mesmas.”

Restaram, portanto, caracterizadas as infringências à legislação tributária, ressaltando-se as reduções acima justificadas, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

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

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para que seja reduzida de 10% a base de cálculo objeto da exigência fiscal e para adequar a Multa de Revalidação aplicada a 50% de seu valor. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora) e Edmundo Spencer Martins.

Sala das Sessões, 18/09/01.

Windson Luiz da Silva
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator

RC