

Acórdão: 14.731/01/3^a
Impugnação: 40.010102077-67
Impugnante: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda
PTA/AI: 02.000148979-69
Inscrição Estadual: 518.634368.00-09(Autuada)
Origem: AF/ Poços de Caldas
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de recolhimento do ICMS/ST referente às mercadorias adquiridas de indústrias estabelecidas em São Paulo, para comercialização, sem a retenção do imposto pelos remetentes. Infração caracterizada nos termos do art. 237, §1º, item 4, Anexo IX, do RICMS/96. Retificação do cálculo do ICMS/ST relativo às Notas Fiscais nºs 082325 e 143438 e, alteração das datas de vencimento e início de correção monetária, para 27/08/00, data da entrada das mercadorias no território mineiro, conforme proposto pela Auditoria Fiscal. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST referente às aquisições de medicamentos, de Indústrias Estabelecidas no Estado de São Paulo. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 125 a 127, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls.151 a 153.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 169 a 175, opina pela procedência parcial 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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 6763/75, 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 n.º 58.512-0.

No entanto, outro passou a ser o cenário jurídico relativo à substituição tributária, após o advento da LC 87/96; consultada sobre o assunto, a douta procuradoria do Estado se manifestou através dos pareceres anexados às fls. 154/163, concluindo pela possibilidade de efetivação do lançamento, uma vez que não se encontra em vigor qualquer medida impeditiva do mesmo – abriu-se vistas à Impugnante em função da juntada desta documentação, conforme AR de fls. 165, no entanto ela absteve-se de efetuar qualquer pronunciamento.

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 pelo MEMO/GAB/SpDC n. 032/2000 de fls. 159/160.

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 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 no caso presente nenhuma retenção foi efetuada, uma vez que ao remetente possuidor do Termo de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acordo, a Impugnante informou a existência do acórdão n.º 58.512 do STJ, que lhe concedeu segurança para não ter que se submeter à substituição tributária instituída pelo Decreto 32.848/91, mesmo ciente de que este já não surte os efeitos impeditivos que pretende – ver as observações contidas no campo *dados complementares* das notas fiscais n.º 24722, 24723 e 24724 de fls. 88/90.

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 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.

O programa – CST10 – utilizado pelo Fisco para a apuração do ICMS/ST devido, utiliza-se deste preço para apurar a base de cálculo, conforme observação constante do Auto de Infração.

No caso dos outros produtos, não incluídos naqueles a que se refere a Portaria retromencionada, a base de cálculo deve ser a determinada pelo § 1º do artigo 239, acrescida dos percentuais constantes dos itens 1 ou 2, conforme o caso, também reduzida de 10% (dez por cento), situação também atendida pelo programa CST10 – trata-se, no caso, daqueles que constam com a observação LIBERADOS.

Importa aqui observar que o mandamento legal, no caso dos produtos que não estão incluídos nos medicamentos referidos na Portaria 37/92, reza que deve ser tomado por base para o cálculo o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista (§ 1º do artigo 239 do Anexo IX do RICMS/96) e ainda que deve ser utilizado como valor inicial, o preço praticado pelo

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

distribuidor ou atacadista, quando o estabelecimento industrial não realizar operações diretamente com o comércio varejista (§ 2º do mesmo dispositivo legal).

No caso dos autos, sendo a Impugnante comerciante atacadista, os documentos fiscais não trazem o valor praticado pelo remetente com o comércio varejista, mas sim com o comércio atacadista; tampouco há informações relativas ao preço praticado pelo comércio atacadista nas operações com o comércio varejista.

Tal situação implica em que o preço de partida utilizado pelo Fisco para o cálculo do ICMS/ST devido, no caso dos produtos liberados, pode ser menor do que o determinado pela legislação, uma vez que é razoável supor que o preço a ser praticado pelo atacadista nas futuras operações com o comércio varejista deve ser maior do que o preço constante dos documentos fiscais, que é o preço pelo qual o atacadista adquiriu os produtos.

No entanto, tendo em vista que tal situação é benéfica ao contribuinte, não constitui prejuízo para a eficácia do Auto de Infração o fato da exigência fiscal ter sido calculada, para os produtos liberados, a partir dos preços constantes dos documentos fiscais.

Em relação à apuração do crédito tributário, há algumas considerações a fazer, decorrentes de algumas irregularidades na digitação das informações inseridas no programa pelo Fisco, conforme demonstramos abaixo:

NF 082325 - fls. 12 c/c 55/57

Houve erro na digitação da quantidade dos itens EXLUTON e GINESTATIN, que ao invés de 200 e 50 é, respectivamente, 50 e 10, conforme se constata na 3ª via do documento fiscal às fls. 56, em função do que o Fisco está exigindo R\$ 252,21 a maior, a título de ICMS/ST – a seguir demonstramos:

50 un x 6,92 = 346,00

10 un x 12,97 = 129,70

BC ST..... 475,70 x 0,90 = 428,13

ICMS.....428,13 x 18% = 77,06

(-) ICMS OP própria260,88 x 12% = 31,31

ICMS/ST devido45,75

ICMS/ST exigido297,96

Diferença exigida a maior.....297,96 – 45,75 = 252,21

NF 143438 – fls. 45 c/c 103/105

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No cálculo dos dois produtos liberados houve a agregação da margem de lucro em percentual superior ao determinado pela legislação, o que resultou na exigência de R\$ 34,87 a maior – abaixo demonstramos:

ST

$$256,43 \times 1,533 \times 0,9 = 353,80 \times 18\% = 63,68$$

$$539,09 \times 1,533 \times 0,9 = 743,78 \times 18\% = 133,88$$

ICMS a recolher

$$63,68 (-) \text{ ICMS op. própria } 30,77 = 32,91$$

$$133,88 (-) \text{ ICMS op. Própria } 64,69 = 69,19$$

Diferença

$$\text{ICMS exigido } 44,15 + 92,82 = 136,97$$

$$\text{ICMS devido } 32,91 + 69,19 = 102,10$$

$$\text{Diferença exigida a maior} = 34,87$$

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.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Ressalte-se, ainda, que conforme atestam os carimbos apostos pelo Fisco nas vias das notas fiscais, a entrada das mercadorias em território mineiro se deu aos 27.08.00, sendo esta a data que deve constar no DCMM a título de data de vencimento e data de início de correção monetária.

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.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Revisor) e João Inácio Magalhães Filho.

Sala das Sessões, 05/06/01.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente

Edmundo Spencer Martins
Relator

ESM/EJ/ES