

Acórdão:	15.389/03/2. ^a	Rito: Ordinário
Impugnação:	40.010109434.21	
Impugnante:	Smithkline Beecham Brasil Ltda.	
PTA/AI:	01.000141399.51	
Proc. S. Passivo:	Nanci Gama/Outro(s)	
Inscrição Estadual:	048.766858.0177	
Origem:	DIF/Belo Horizonte	

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – Vendas de medicamentos a contribuintes mineiros, com retenção e recolhimento a menor do ICMS relativo à substituição tributária. Irregularidade caracterizada nos termos do art. 237, Anexo IX, ao RICMS/96, c/c Portaria n.º 37/92, do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Retificadas as bases de cálculo dos analgésicos tópicos uma vez que não restou caracterizado que os preços constantes das notas fiscais estariam subtraídos da parcela resultante do repasse de 6,82%, a título de desconto, do diferencial de ICMS entre o Estado de origem e o de destino. Exigências fiscais parcialmente mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O feito fiscal refere-se à realização, pela Smithkline Beecham Brasil Ltda., de operações de saídas de medicamentos sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária, para diversos contribuintes mineiros, com destaque e recolhimento a menor do imposto devido pelas subsequentes saídas internas dos produtos, no período fiscalizado de 01/01/97 a 31/12/97.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 116/121, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 135/141.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 145/151, opina pela procedência parcial do Lançamento, sugerindo a alteração da base de cálculo relativa aos analgésicos tópicos.

DECISÃO**PRELIMINAR**

Cumprе salientar que, embora a Impugnante tenha protestado pela produção de prova pericial, não foram apresentados os indispensáveis quesitos, razão pela qual o

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pedido de perícia revelou-se prejudicado, à luz das determinações do artigo 98, inciso III, da CLTA/MG.

MÉRITO

O prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado, regra geral, pelo art. 173 do CTN, que para tanto estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ex vi do disposto em seu inciso I.

Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte, a que alude o art. 150, § 4.º, do CTN, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, daquele Código.

Examinando a matéria, leciona Misabel de Abreu Machado Derzi:

“A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código.”

Pois bem, os fatos geradores evidenciados no feito, ocorridos no exercício de 1997, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2003.

Uma vez que o AI fora lavrado em 13/12/2001, e dele devidamente intimada a Autuada no dia 17/12/2002 (fls. 07), claro está que a formalização do crédito tributário, relativamente àquele período, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Não procede, portanto, a arguição de decadência.

O feito fiscal refere-se à realização, pela autuada Smithkline Beecham Brasil Ltda, de operações de saídas de medicamentos sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária para diversos contribuintes mineiros, com destaque e recolhimento a menor, do imposto devido pelas subseqüentes saídas internas dos produtos, no período fiscalizado de 01/01/97 a 31/12/97.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 11 a 90, anexas ao Auto de Infração.

Estas planilhas contêm a descrição dos produtos, quantidade, valor unitário, descontos concedidos, margem de comercialização, preço no varejo (preço máximo de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

venda a consumidor), além da base de cálculo do ICMS/ST, alíquota, os valores de imposto devidos pelas operações próprias da autuada e o ICMS/ST apurado e o destacado em cada nota fiscal.

Ainda nas citadas planilhas, os valores mensalmente recolhidos a menor são apresentados na coluna “diferença ICMS/ST”.

A exigência fiscal está embasada na legislação tributária mineira, mencionada no Auto de Infração, e editada em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94, de 30 de junho de 1994.

A base de cálculo utilizada pelo fisco para determinar a matéria tributável, no que diz respeito a medicamentos, atende ao disposto no §2º, do artigo 22, da Lei 14.062/01, regulamentado pelo Dec. 42.713, de 26 de junho de 2002 (§1º do art. 1º), que determina que *"a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária com medicamentos é o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor final estabelecido no §1º do art. 2º da Portaria nº 37, de 11 de maio de 1992, do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento"*.

A citada Portaria previa no dispositivo acima mencionado que o preço máximo seria calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço do fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e seria único em todo o território nacional.

As listagens de preços apresentadas pelo estabelecimento industrial (fls. 93 a 101 e 112 a 114) permitiram a obtenção da indispensável certeza de que as bases de cálculo do ICMS/ST utilizadas pelo fisco atendem às disposições da Portaria nº 37 do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento pois foram calculadas mediante a divisão do preço estabelecido pelo fabricante por 0,7 (zero vírgula sete).

Deve ser ressaltado, entretanto, que nas planilhas anexadas aos autos às fls. 102 a 111 os valores relativos ao Preço Máximo ao Consumidor correspondem à divisão dos preços de fábrica referentes à “região 04” (São Paulo e Minas Gerais) por 0,9318 (zero vírgula nove três um oito) e por 0,7 (zero vírgula sete).

A primeira divisão por 0,9318 se prende ao fato de que os preços de fábrica relativos à “região 04”, constantes destas planilhas, estão subtraídos da parcela resultante do repasse de 6,82%, a título de desconto, do diferencial de ICMS entre o Estado de origem e o de destino, repasse este obrigatório por força do disposto no §2º, do art. 2º, da Portaria nº 37, de 11/05/92, do Ministério da Economia Fazenda e Planejamento, que dispõe:

“Art. 2º – Omissis

§2º As unidades produtoras e as de comércio atacadista/intermediário repassarão obrigatoriamente às unidades varejistas, o diferencial de ICMS entre o estado de origem e o de destino, bem como colocarão os produtos CIF no destinatário.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destarte, a utilização dos valores presentes na coluna “P.M.C.” destas planilhas, revelou perfeito e adequado à legislação.

Para alguns medicamentos (analgésicos tópicos) o fisco, promoveu à divisão do preço constante das notas fiscais de venda por 0,9318 (zero vírgula nove três um oito) e somente após dividiu o resultado por 0,7 (zero vírgula sete).

A primeira divisão por 0,9318, segundo entendimento do fisco, foi necessária porque os preços constantes das **notas fiscais** estariam subtraídos da parcela resultante do repasse de 6,82%, a título de desconto, do diferencial de ICMS entre o Estado de origem e o de destino.

Destarte, o entendimento do fisco resume-se no fato de que a divisão por 0,9318 estaria apenas recompondo o preço de fábrica da unidade produtora.

Importa observar, entretanto, que os preços unitários dos produtos “Bálsamo Bengué, Bálsamo Bengué Gel, Iodex Simples e Iodex Salicilato de Metila”, constantes das notas fiscais arroladas na planilha de fls. 11 a 90, são exatamente os mesmos dos “PREÇOS DE FÁBRICA” informados pelo contribuinte nas tabelas anexas às fls. 93 a 114.

Em assim sendo, revela-se incorreto o proceder fiscal ao agregar, ao preços praticados pelo contribuinte, o percentual de 6,82% mediante a divisão do preços constantes das **notas fiscais** por 0,9318.

Ainda que os preços efetivamente praticados pelo contribuinte, em relação a estes produtos, estivessem minorados em virtude do obrigatório repasse que teria que fazer, fato é que tal condição não se mostrou provada nos autos, o que implica em considerar-se, como o preço de partida para se chegar à base de cálculo do ICMS/ST, aqueles constantes das tabelas de fls. 93 a 114, sem qualquer outra agregação que não seja a divisão por 0,7, conforme o mandamento do §1º, do art. 2º, da Portaria nº 37/92 que dispõe 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*”.

Desta forma, decide esta Câmara em acatar a retificação do crédito tributário proposta pela Auditoria Fiscal, conforme quadros de fls. 152/224 e demonstrativo global de fl. 225.

Acerca dos produtos da linha de higiene bucal constantes das notas fiscais arroladas nas planilhas de fls. 11 a 90, correta a metodologia utilizada pelo fisco para apurar as bases de cálculo do ICMS/ST, mediante a multiplicação dos valores unitários dos produtos por 1,5330%, consoante o art. 239, §1º, item 2, do Anexo IX, do RICMS/96 reduzindo-a, posteriormente, em 10% conforme §3º, do mesmo art. 239.

A Impugnante não apresenta argumentos objetivos capazes de semear incerteza acerca dos valores encontrados pelo fisco. Suas assertivas dirigem-se apenas à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

discussão acerca da decadência, da aplicação da MR em dobro e da sua eleição como sujeito passivo, já que entende que o recolhimento de qualquer diferença de imposto é de responsabilidade dos contribuintes substituídos.

A infringência e a penalidade estão corretamente capituladas no Auto de Infração e, uma vez que a Autuada reteve e recolheu a menor o imposto devido por substituição tributária, a multa de revalidação aplicada, prevista no art. 56, § 2.º, da Lei 6763/75, foi corretamente exigida.

A responsabilidade da Impugnante e a consequente eleição da mesma como sujeito passivo deste Auto de Infração é inconteste, conforme se depreende do disposto no art. 237, do Anexo IX, do RICMS/96:

“Art. 237 - O estabelecimento industrial fabricante e o estabelecimento importador, situado em outra unidade da Federação, nas remessas para contribuinte deste Estado, dos produtos a seguir relacionados, classificados nos respectivos códigos ou posições da NBM/SH, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subsequente, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário:”

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

Diante do exposto, ACORDA a 2.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, nos termos da reforma proposta pela Auditoria Fiscal (fls. 152/225). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro e Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 09/04/03.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Revisor

José Eymard Costa
Relator