

Acórdão: 15.662/03/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.10106978-11
Impugnante: Smithkline Beecham Brasil Ltda.
Proc. S. Passivo: Leonardo Viveiros de Castro/Outros
PTA/AI: 01.000139509-31
Inscr. Estadual: 048.766858-0096
Origem: DF/DIF Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – Constatou-se que a Autuada, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, deixou de reter e recolher e/ou reteve e recolheu a menor ICMS/ST, em operações realizadas com contribuintes localizados neste Estado, inobservando as disposições contidas nos art. 824, 825 do RICMS/91, art. 237 e 239 do Anexo IX, do RICMS/96 (vigentes à época). Em virtude de erro de digitação de arquivos magnéticos, bem como de novas listagens de preços máximos de venda a consumidor trazidas aos autos pelo sujeito passivo, o Fisco reformulou o crédito tributário. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades praticadas pela Autuada:

1 – Falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, relativamente à operações de vendas de medicamentos para contribuintes mineiros, nos meses de novembro e dezembro/1996, conforme demonstrado no “Quadro I”, às fls. 10.

2 – Retenção e recolheu a menor o ICMS/ST, relativamente à operações de medicamentos para contribuintes mineiros, nos meses de junho, julho, outubro e dezembro/1996, conforme demonstrado no “Quadro II”, às fls. 11/17.

Lavrado em 19/12/01 - AI exigindo ICMS/ST e MR (100%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 19/23.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco intima o sujeito passivo a apresentar a Liminar concedida para “BH Farma Comércio Ltda.” (fls. 65/66), mencionada na peça impugnatória.

Muito embora regularmente intimada, a Autuada não apresenta os documentos solicitados.

O Fisco acolhe, em parte, as razões apresentadas pela Impugnante (no tocante às **NF's 31.628 e 21.717**), reformula o crédito tributário (fls. 56/64) e manifesta-se em seguida (fls. 73/77), ocasião em que refuta as demais alegações da Autuada. Anexa, ainda, aos autos, naquela oportunidade o parecer de fls. 78/88 emitido pela Dra. Nílber Andrade (Procuradora da Fazenda Pública Estadual), relativamente ao Mandado de Segurança impetrado por Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.

Cientificada (através dos documentos de fls. 54/55 e 95/98) acerca da reformulação do crédito tributário e da juntada de documentos pelo Fisco, o contribuinte comparece novamente aos autos, fls. 67/71 e 100/104, ratificando posicionamento já externado.

O Fisco comparece aos autos às fls. 105, mantendo entendimento já externado.

Intimada (às fls. 120) a apresentar listagens de preços máximos de venda a consumidor (pertinente ao exercício de 1996), nos termos do art. 239 do Anexo IX do RICMS/96 (vigente à época), a Autuada apresenta as tabelas de fls. 121/124, as quais motivaram a “segunda” alteração/majoração do crédito tributário (fls. 107/116).

Regularmente intimada desta nova reformulação do crédito tributário (fls. 125 e 126), a Autuada manifesta às fls. 127/137.

O Fisco, novamente, manifesta às fls. 139/145.

A 2ª Câmara de Julgamento determina a diligência de fls. 169, a qual é cumprida pelo Fisco às fls. 172/176.

Concedida vista dos autos ao sujeito passivo, documentos de fls. 180/182, este não se manifesta.

Vale salientar, que apesar de algumas intervenções da Auditoria Fiscal no saneamento e instrução do presente PTA (fls. 93 e 146), o mesmo encontra-se enquadrado no “Rito Sumário”, nos termos do art. 119, inciso I, da CLTA/MG, Decreto n.º 23.780/84.

DECISÃO

“DAS PRELIMINARES

Alega a Impugnante que as empresas “Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.” e “BH Farma Comércio Ltda.” tiveram concedido o direito definitivo de não ver recolhido o ICMS por substituição de suas operações, face a Mandado de Segurança que impetraram, não lhe restando outra alternativa senão a de seguir a determinação judicial.

Do Mandado de Segurança da “Medcall”:

O Fisco, ao invés de enviar os autos à Procuradoria, optou por anexar ao presente processo cópia de Parecer da Procuradora da Fazenda Estadual Dra. Nílber Andrade (fls. 78/88), do qual se extrai que a ação em mandado de segurança foi julgada em grau de recurso pelo STJ que restaurou a obrigação do recolhimento do ICMS/ST.

Conclui-se, ainda, dos documentos acima referidos, que o entendimento daquele órgão fazendário (PFE) é no sentido de que: *“a situação da empresa Medcall, no que se refere ao R. Esp. 58.512, oriundo do Mandado de Segurança impetrado, não é aquela que ela alega.”*

Alerta a Procuradora da Fazenda (fls. 85): *“Assim, no que se refere à referida proteção judicial alegada em defesa pelo contribuinte, esta não existe e nem a favor dele poderia ter qualquer alcance. Em primeiro lugar porque a decisão, ao contrário do que afirma e como vista acima, foi a final contrária à pretensão da empresa impetrante. Em segundo lugar, mesmo que assim não fosse, tal decisão não tem o condão de por si só ser auto executável, mas necessário a expedição de ofício pelo Poder Judiciário que concedeu a ordem a todas as empresas que destinassem produtos cuja operação se desse a título de substituição tributária para a empresa Impetrante, o que não se comprova nos autos e nem poderia se comprovar.”*

Sendo que os procuradores que os emitiram os pareceres (citados pela Dra. Nílber Andrade) recomendam a inaplicabilidade do artigo 11 da CLTA/MG.

No tocante ao Mandado de Segurança da “BH Farma”

O Fisco através do documento de fls. 65, intimou a Autuada a apresentar:

1 – Liminar concedida para “BH Farma Comércio Ltda.

2 – Ofício do Poder Judiciário determinando expressamente que a Smithkline Beecham Brasil Ltda. deixasse de recolher o ICMS a título de substituição tributária.

Depreende-se da análise dos autos que nenhum documento fora juntada pela Impugnante, no sentido de atender a intimação supra citada.

Diante das considerações supra constata-se que todas as alegações pertinentes aos processos judiciais, restaram prejudicadas.

DO 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, conforme disposto em seu inciso I.

Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte, a que alude o art. 150, § 4º, 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 1996, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2002.

Uma vez que o AI fora lavrado em 19/12/2001, e dele devidamente intimada a Autuada no dia 20/12/2001 (fls. 03), claro está que a formalização do crédito tributário, relativamente àquele período (exercício de 1996), deu-se dentro do prazo em que o direito da Fazenda Pública de constituí-lo não havia se extinguido.

Salienta-se, ainda que quando da “segunda” reformulação do crédito tributário (fls. 107/116), com acréscimo de seu montante, foi reaberto ao sujeito passivo o prazo de 30 dias para vista dos autos ou pagamento do crédito tributário (fls. 126).

Não procede, portanto, a arguição de decadência face à retificação do crédito tributário, promovida pelo Fisco.

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 contribuintes mineiros, sem o destaque e o recolhimento do imposto devido, ou com a retenção e recolhimento a menor.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nos “Quadros I e II” de fls. 10/17, anexas ao Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estes quadros contêm a descrição dos produtos, quantidade, valor unitário, descontos concedidos, margem de comercialização, preço no varejo (preço máximo de 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. (Sendo que, 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 n.º 76/94, de 30 de junho de 1994.

A Impugnante questiona a base de cálculo do ICMS/ST adotada pelo Fisco, transcrevendo art. 8º, inciso II e § 2º da Lei Complementar 87/96. Afirmando que utilizou-se do valor efetivamente praticado na operação para o cálculo deste tributo atendendo a legislação constitucional e infra constitucional e, ainda, a legislação sobre preços em vigência para o setor, aplicando, todavia a lista de preços vigente à época das negociações com seus clientes. Acrescenta que o Fisco indevidamente teria agregado à base de cálculo/ST valores referentes a descontos incondicionais concedidos.

O Fisco acolhendo, em parte, as razões apresentadas pela Impugnante procedeu a primeira reformulação no crédito tributário, às fls. 56/64, excluindo as exigências fiscais referentes ao mês de outubro/96 e, ainda, alterando os valores pertinentes ao mês de junho/96, em virtude de erro de digitação do arquivo magnético da Autuada, no tocante às notas fiscais n.º 21.717 e 31.628.

Outrossim, às fls. 107/116, houve nova reformulação do crédito tributário, acrescendo R\$ 247,21 ao valor do ICMS/ST e conseqüentemente na MR, em razão de apresentação pela Autuada de novas listagens de preços máximos de venda a consumidor sugeridos ao público pelo estabelecimento industrial, conforme previsto no § 4º do art. 239 do Anexo IX do RICMS/96. (O Fisco adequou os preços de alguns produtos aos reais preços praticados pela fabricante/Atuada no período considerado.)

Para análise das exigências fiscais remanescentes vale transcrever a legislação pertinente à base de cálculo do ICMS/ST relativa à operações com medicamentos prevista no art. 825 do RICMS/91 e art. 239, do Anexo IX, do RICMS/96 (vigentes à época):

“Art. 825 - A base de cálculo do imposto, para fim de substituição tributária, é o valor correspondente ao preço constante de tabela, estabelecida pelo órgão competente, para venda a consumidor.

§ 1º - Inexistindo o valor de que trata o caput, a base de cálculo será obtida tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, acrescido do valor do IPI, frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de:

42,85% (quarenta e dois inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento), nas operações internas;

53,30% (cinquenta e três inteiros e trinta centésimos por cento), nas operações interestaduais para contribuintes deste Estado.

§ 2º - O valor inicial para o cálculo mencionado no parágrafo anterior será o preço praticado pelo distribuidor ou atacadista, quando o estabelecimento industrial não realizar operações diretamente com o comércio varejista.

§ 3º - A base de cálculo prevista neste artigo será reduzida de 10% (dez por cento), dispensado o estorno proporcional de crédito." (Grifo nosso). **Efeitos de 01/05/95 a 31/07/96**

"Art. 239 - A base de cálculo do imposto, para fim de substituição tributária, é o valor correspondente ao preço constante de tabela, estabelecida pelo órgão competente, para venda a consumidor, ou na falta de tabela, o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações, com o comércio varejista, acrescido do valor do IPI, frete ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação dos seguintes percentuais:

42,85% (quarenta e dois inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento), nas operações internas;

53,30% (cinquenta e três inteiros e trinta centésimos por cento), nas operações interestaduais para contribuintes deste Estado.

§ 1º - O valor inicial para o cálculo mencionado neste artigo será o preço praticado pelo distribuidor ou atacadista, quando o estabelecimento industrial não realizar operações diretamente com o comércio varejista.

§ 2º - A base de cálculo prevista neste artigo será reduzida de 10% (dez por cento), dispensado o estorno proporcional de crédito." (Grifo nosso). **Efeitos de 01/08/96 a 10/10/96.**

"Art. 239 - A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o valor correspondente ao preço constante de tabela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sugerida pelo órgão remetente para venda a consumidor, ou, na falta desta, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

§ 1º - Na falta dos valores de que trata o caput, a base de cálculo será obtida tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações, com o comércio varejista, acrescido do valor do IPI, frete ou frete até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação dos seguintes percentuais:

.....

§ 2º - O valor inicial para o cálculo mencionado neste artigo será o preço praticado pelo distribuidor ou atacadista, quando o estabelecimento industrial não realizar operações diretamente com o comércio varejista.

§ 3º - A base de cálculo prevista neste artigo será reduzida de 10% (dez por cento), dispensado o estorno proporcional de crédito." (Grifo nosso). **Efeitos de 11/10/96 a 31/03/2001.**

Do exame da legislação supra percebe-se não assistir razão à Impugnante no tocante ao cálculo do ICMS/ST de medicamentos, por ela adotado, uma vez que não encontra amparo nos dispositivos supra citados.

A Diretoria de Orientação Tributária/DLT (atual SLT) por diversas oportunidades (anteriormente à LC n.º 87/96) respondeu consultas acerca da formação da base de cálculo do ICMS/ST referente a medicamentos, deixando claro que os "descontos incondicionais concedidos" deveriam agregá-la. (Exemplos: Consulta Fiscal Direta n.º 699/96, fls. 173/174 dos autos, Consulta de Contribuintes n.º 59/1993, dentre outras.)

Vale acrescentar que algumas inovações foram trazidas com a Lei Complementar n.º 87/96 (art. 8º), relativamente a apuração da base de cálculo para fins de substituição tributária. A Impugnante transcreveu, em parte, este dispositivo, omitindo seu § 3º, o qual é de extrema relevância para o assunto ora em discussão, in verbis:

"§ 3º - Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço."

Frisa-se que a legislação tributária mineira acolheu o dispositivo acima citado através do § 21 do art. 13 da Lei 6763/75 (efeitos a partir de 01/11/96), introduzindo-o também no art. 239 do Anexo IX do RICMS/96.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim sendo os valores apurados pelo Fisco (**para os meses de novembro e dezembro/96**), a partir das listagens fornecidas pela Impugnante (fls. 121/124), encontram-se em perfeita consonância com a legislação tributária constitucional e infraconstitucional vigentes a partir desta data, tendo o autuante observado corretamente os valores nelas consignados, aplicando-os aos produtos objeto da autuação, respeitando também a data de emissão das notas fiscais.

No tocante às exigências fiscais referentes aos **meses de junho e julho/96**, período anterior à vigência da LC 87/96, para determinar a base de cálculo ICMS/ST o Fisco deveria ter observado as disposições contidas no art. 825 do RICMS/91.

Muito embora conste nos autos às fls. 108 que o trabalho fiscal estaria embasado no § 1º do art. 1º do Dec. 42.713 de 26/06/02, restou comprovado, após diligência determinada pela 2ª Câmara de Julgamento (fls. 169), que o caso em tela não se enquadrava na hipótese prevista no dispositivo retro citado.

Analisando a regra contida no art. 825 do RICMS/91 constata-se que a base de cálculo do ICMS/ST deveria ter como ponto de partida o **“preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista”**.

Apesar das planilhas anexadas pelo Fisco conterem valores de “Preço Máximo Consumidor” (na coluna “E”), servindo de base de cálculo do ICMS/ST no período de junho e julho/96 (fls. 110), o que a princípio estaria em desacordo com a regra supra citada, percebe-se que o referido PMV (das listagens fornecidas pela Autuada) representa o valor unitário dos produtos consignado nas notas fiscais, acrescido do percentual de 53,30%.

Resta, por fim, analisar quanto a este período, se o valor unitário de cada medicamento equivaleria ao preço praticado pelo remetente com o comércio varejista, conforme determinava o art. 825 do RICMS/91.

Pelas notas fiscais contidas nos autos (amostragem às fls. 46, 48 e 49) e pelas quantidades de produtos em cada documento fiscal autuado, conclui-se que as vendas foram realizadas para clientes atacadistas e pela lógica de mercado, tais valores são menores que aqueles pertinentes às operações com clientes varejistas, logo os valores adotados pelo Fisco para composição da base de cálculo/ST são perfeitamente aceitáveis, em razão de serem mais benéficos ao contribuinte.

Apesar dos fatos geradores da presente exigência fiscal serem anteriores a 31/12/97 (período para o qual a MR legalmente prevista era de 100%), ressalta-se a correção do proceder fiscal em aplicar a MR como o dobro de 50% do valor do imposto consoante o art. 56, inciso II, § 2º da Lei 6.763/75, em razão da retroatividade da Lei 12.729/97, face o disposto no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Quanto às alegações da Impugnante acerca dos valores de ICMS recolhidos pelos destinatários dos produtos autuados, vale ressaltar que este procedimento, acaso tenha ocorrido, foge à sistemática do regime de recolhimento por substituição

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributária, devendo nestes casos as empresas destinatárias pleitearem a restituição do tributo indevidamente recolhido.

Corretas, portanto, as exigências fiscais constantes do presente Auto de Infração após as reformulações do crédito tributário efetuadas pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em preliminar rejeitar a prefacial argüida. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, de conformidade com a reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às 107/116. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros: Antônio César Ribeiro (Revisor) e Thadeu Leão Pereira.

Sala das Sessões, 19/11/03.

José Eymard Costa
Presidente

Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora