

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 15.663/03/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.10106820-58
Impugnante: Smithkline Beecham Brasil Ltda. (Autuada)
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.
Proc. S. Passivo: Leonardo Viveiros de Castro/Outros (Autuada)
PTA/AI: 01.000139508-50
Inscr. Estadual: 048.766858-0096 (Autuada) e 518.634368-0009 (Coobrigada)
Origem: 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, efetuou vendas de medicamentos para contribuinte mineiro (Coobrigada), sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST devido, inobservando as disposições contidas no art. 824 e 825 do RICMS/91 e, ainda, art. 237 e 239 do Anexo IX do RICMS/96 (vigentes à época). Infração caracterizada. Exigências mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, pela Autuada (sediada no Estado do Rio de Janeiro), relativamente às vendas de medicamentos realizadas durante o exercício de 1996 para a empresa ora Coobrigada, estabelecida neste Estado.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído , Impugnação às fls. 42 e 43.

O Fisco manifesta às fls. 65/67, refutando as alegações da Impugnante, anexando os documentos de fls. 68/78.

Concedido vista dos autos aos sujeitos passivos, fls. 84/87, somente a Autuada comparece aos autos fls. 89 e 90.

A Auditoria Fiscal solicita diligência às fls. 93, que resulta na manifestação fiscal de fls. 142/144, bem como na reformulação do crédito tributário às fls. 102/133.

Regularmente intimados os sujeitos passivos acerca da majoração do crédito tributário às fls. 145 a 148 (com reabertura do prazo de 30 dias para apresentar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impugnação ou quitação dos novos valores), somente a Autuada se manifesta, às fls. 94/99.

O Fisco novamente comparece aos autos às fls. 149/152, refutando as alegações da Impugnante.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 176/185, opina pela procedência do Lançamento, considerando a reformulação (majoração) do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 102/133.

A 2ª Câmara de Julgamento determina a diligência de fls. 187, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 190/194.

Concedida vista dos autos aos sujeitos passivos, estes não se manifestam.

A Auditoria Fiscal emite parecer de fls. 205/207, ratificando entendimento anterior.

DECISÃO

Inicialmente vale ressaltar que o principal argumento constante da peça de defesa refere-se ao direito definitivo da destinatária das mercadorias Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda. de não ver recolhido o ICMS das suas operações, por substituição, face a decisão do Mandado de Segurança por ela impetrado.

No entanto, conforme esclarece o Parecer da Procuradora da Fazenda Estadual Dra. Nílber Andrade (cópia às fls. 68/78), 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, do parecer supra citado, 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, ainda, a Procuradora da Fazenda (fls. 75): *“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.”*

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante das considerações supra constata-se que todas as alegações pertinentes ao processo judicial, restaram prejudicadas.

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 contribuinte mineiro, sem retenção e recolhimento do ICMS/ST devido.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas no “Quadros I de fls. 13/41, anexas ao Auto de Infração.

Este quadro contém 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 devido.

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.

Em sua peça de defesa argüi a Impugnante a decadência do crédito tributário, citando artigos do CTN para alicerçar seu entendimento.

No entanto, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Uma vez que o AI fora lavrado em 19/12/2001, e dele devidamente intimada a Autuada no dia 26/12/2001 (fls. 06), claro está que a formalização do crédito tributário, relativamente àquele período (exercício de 1996), deu-se dentro do em que o direito da Fazenda Pública de constituí-lo não havia se extinguido.

Salienta-se, ainda, que quando da reformulação do crédito tributário (fls. 102/133), 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. 145).

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

Para análise das exigências fiscais 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 frete até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionada 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 carreto 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.**

Muito embora conste nos autos às fls. 149 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. 187), que o caso em tela não se enquadrava na hipótese prevista no dispositivo retro citado.

No tocante aos meses de janeiro a julho/96, o Fisco deveria ter observado as disposições contidas no art. 825 do RICMS/91. Analisando a regra contida neste artigo 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 "F"), servindo de base de cálculo do ICMS/ST para todo o período autuado (fls. 104/132), o que a princípio estaria em desacordo com a regra supra citada (no período de vigência do RICMS/91), 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%, conforme demonstrado pelo Fisco às fls. 193 e 194.

Resta analisar, quanto a este período, se o valor unitário de cada medicamento (subtraído do percentual de 53,30%) equivaleria ao preço praticado pelo remetente com o comércio varejista, conforme determinação do art. 825 do RICMS/91.

Pelas quantidades de produtos em cada documento fiscal autuado, percebe-se que as vendas foram realizadas para cliente atacadista 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.

Salienta-se que relativamente às exigências fiscais relacionadas ao período de agosto a 10/10/96, constata-se que a legislação relativa à formação da base de cálculo/ST de medicamentos, constante do RICMS/96, permaneceu basicamente com a mesma redação contida no RICMS/91, o que ratifica também para este período as considerações supra.

Quanto às exigências fiscais relativas ao período de 11/10/96 até 26/10/96, observa-se que houve substancial modificação na legislação tributária mineira acerca da formação da base de cálculo/ST, através da Lei 12.423, que revigorou o § 21 do art. 13 da Lei 6763/75, em função das disposições § 3º do art. 8º da LC 87/96, in verbis:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale ressaltar que o *caput* do art. 239 do Anexo IX do RICMS/96 também foi alterado adequando-se à legislação supra transcrita.

Assim sendo os valores apurados pelo Fisco a 11/10/96 a 26/10/96, a partir das listagens fornecidas pela Impugnante (fls. 138/141), encontram-se em perfeita consonância com a legislação tributária constitucional e infraconstitucional vigentes à época dos fatos geradores, 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.

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 pela destinatária, ora Coobrigada, vale frisar que este procedimento, acaso tenha ocorrido, foge à sistemática do regime de recolhimento por substituição tributária, devendo neste caso a destinatária pleitear a restituição do tributo indevidamente recolhido.

Corretas, portanto, as exigências de ICMS/ST e MR demonstradas pelo Fisco às fls. 104/133, após apresentação pela Autuada das listagens de fls. 138/141 que motivaram a majoração do crédito tributário.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento (de conformidade com a reformulação/majoração do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 102/133). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Thadeu Leão Pereira. Pela Fazenda Pública Estadual sustentou oralmente o Dr. Élcio Reis.

Sala das Sessões, 19/11/03.

José Eymard Costa
Presidente

Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora