

Acórdão: 15.664/03/2ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010106821-39
Impugnante: Smithkline Beecham Brasil Ltda
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda
Proc. S. Passivo: Leonardo Viveiros de Castro/Outros
PTA/AI: 01.000139473-28
Inscr. Estadual: 33.247743/0021-63
Origem: DIF/SRE/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST referente às vendas de medicamentos a contribuinte mineiro. Irregularidade caracterizada nos termos dos artigos 824 do RICMS/91 e 237, Anexo IX, do RICMS/96. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para adequar a base de cálculo dos produtos Bálsamo Bengué, Bálsamo Bengué Gel, Iodex simples e Iodex Salicilato de Metila, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de medicamentos sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária para o contribuinte mineiro Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda, sem o destaque e o recolhimento do imposto devido, no exercício de 1996. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 31 a 32, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 56 a 58.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 73, 84 e 135, que resultam nas manifestações de fls. 75 a 82, 85 a 133 e 137 a 155, respectivamente.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 157 a 166, opina pela procedência parcial do lançamento, conforme demonstrativo de fls. 185.

A 2ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 27/05/03(fl.187), deliberou converter o julgamento em diligência, a qual é cumprida pelo Fisco (fls.191 a 195). A Auditoria Fiscal se manifesta a respeito ratificando seu entendimento anterior(fl.206/208).

DECISÃO

O prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado, regra geral, pelo artigo 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 artigo 150, § 4º, do CTN, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do artigo 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 14/12/2001, e dele devidamente intimada a Autuada no dia 20/12/2001 (fls. 04) e Coobrigada 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 prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

O Parecer Normativo nº 26/78, da Procuradoria da Fazenda Estadual, considerando que o Auto de Infração, usado pelo Fisco para formalizar exigência de créditos tributários, contém em si todos os atos configurativos do procedimento administrativo denominado "lançamento", tal como define o artigo 142 do Código Tributário Nacional, que a extinção, por decadência do direito à constituição do crédito tributário, só pode ocorrer antes de efetuado o lançamento, ou seja, até a lavratura do "Auto de Infração" e que recurso administrativo tempestivo, por força do artigo 151, inciso III, do C.T.N., suspende a exigibilidade do crédito tributário, constituindo-se, assim, em causa impeditiva do início do prazo de prescrição, porque ocorre quando a Fazenda ainda não pode exercitar seu direito de cobrança judicial, já que, em tal situação, ela se acha impedida de inscrever o débito em dívida ativa, resolveu tornar entendimento normativo que, no curso de Processo Tributário Administrativo pendente de decisão, não corre prazo de decadência nem de prescrição.

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 o contribuinte mineiro Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda, sem o destaque e o recolhimento do imposto devido pelas subseqüentes saídas internas dos produtos, no período fiscalizado de 01/01/96 a 31/12/96.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 13/30, anexas ao Auto de Infração, tendo sido retificadas nas planilhas de fls. 88 a 105.

Estas planilhas 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.

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 irregularidade praticada pela ora Impugnante consistiu na falta de retenção e recolhimento do imposto devido pelas subseqüentes operações realizadas pelo contribuinte destinatário estabelecido em Minas Gerais, no caso, Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.

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 artigo 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. 111 a 115) 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).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES 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 tais preços 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, repasse este obrigatório por força do disposto no §2º, do artigo 2º, da Portaria nº 37, de 11/05/92, do Ministério da Economia Fazenda e Planejamento, que dispõe:

Art. 2º

§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.

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. 88 a 105, são superiores aos “PREÇOS DE FÁBRICA” informados pelo contribuinte nas tabelas anexas às fls. 111 a 115.

Em assim sendo, revela-se incorreto o proceder fiscal ao agregar, aos 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 desconsiderar-se a primeira divisão por 0,9318, mantendo-se apenas a agregação pela divisão por 0,7, conforme o mandamento do §1º, do artigo 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”.

Acerca dos produtos da linha de higiene bucal constantes das notas fiscais arroladas nas planilhas de fls. 88 a 105, 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 artigo 239, §1º, item 2, do Anexo IX, do RICMS/96 reduzindo-a, posteriormente, em 10% conforme §3º, do mesmo artigo 239.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que concerne aos medicamentos, deve-se ressaltar que o Fisco, embora atendendo às disposições previstas no Dec. 42.713/02 e após encontrar as bases de cálculo do ICMS/ST pela divisão dos preços praticados pelo fabricante por 0,7, também procedeu à redução destas em 10% de forma a atender, como afirma às fls. 87 dos autos, o disposto no § quarto, da cláusula primeira, do Convênio ICMS 04/95.

Revela-se inadequado este proceder fiscal uma vez que, com a edição da Lei 14.062, de 20 de novembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 42.713, de 26 de junho de 2002, a base de cálculo do ICMS/ST com medicamentos a ser adotada passou a ser aquela prevista no §1º, do artigo 2º, da Portaria 37/92, do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento onde não há menção a qualquer redução na base de cálculo, tal como havia no Convênio ICMS 76/94, alterado pelo Convênio ICMS 04/95.

O abatimento da base de cálculo em 10% deve, entretanto, ser mantido, uma vez que revelou-se mais benéfico ao contribuinte, ficando o Fisco no direito de rever seu posicionamento exigindo, em outro lançamento, a diferença glosada neste feito.

A Impugnante não apresenta argumentos objetivos capazes de semear incerteza acerca dos valores encontrados pelo Fisco. Suas assertivas dirigem-se apenas à 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 foi corretamente aplicada em dobro.

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 artigo 56, inciso II, § 2º da Lei 6.763/75, em razão da retroatividade da Lei 12.729/97, face o disposto no artigo 106, inciso II, "c", do CTN.

A responsabilidade da Impugnante e a conseqüente eleição da mesma como sujeito passivo deste Auto de Infração é inconteste, conforme se depreende do disposto no artigo 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 subseqüente, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário:"

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O artigo 44, do RICMS/91 e o artigo 29, do RICMS/96, atribuem ao destinatário que receber mercadoria sujeita à substituição tributária sem a retenção do imposto, a responsabilidade pelo recolhimento da parcela devida.

Desta forma, restando clara a falta da retenção do imposto pelo remetente da mercadoria (substituto tributário), correta a eleição da empresa mineira Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda para figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

A Impugnante ressalta que, ainda que não tenha havido o recolhimento antecipado do ICMS por substituição, em virtude da referida decisão judicial, a Impugnante efetuou o destaque do ICMS em operação própria e o Fisco não verificou se houve recolhimento do ICMS por parte da Medcall, no momento da venda das mercadorias.

Ainda que este procedimento possa ter sido uma realidade, o fato é que o mesmo terá sido equivocado uma vez que teria criado para os contribuintes em questão uma sistemática particular de tributação, com a qual não podemos concordar.

Aceitar tal procedimento seria negar a existência do instituto da substituição tributária e suportar as implicações que daí adviriam como, por exemplo, a impossibilidade de se confirmar os índices de agregação aplicados na base de cálculo de entrada para compará-los com aqueles previstos em Regulamento.

Se a empresa mineira Medcall entende que recolheu imposto indevido, cabe-lhe proceder ao pedido de restituição de indébitos, que será objeto de análise da Fazenda Estadual em outro PTA.

Por meio das listagens de fls. 111 a 115 o Fisco pôde ainda constatar que alguns produtos sofreram reajuste de preços na fábrica no período considerado, razão pela qual o feito foi reformulado, quando então o valor original exigido a título de ICMS passou de R\$ 31.873,79 para R\$ 32.855,44.

Não houve mudança de critério utilizado para obtenção das bases de cálculo do ICMS/ST mas, tão somente, adequou-se os preços de alguns produtos aos reais preços praticados pelo fabricante no período considerado.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª 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 Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora) e Thadeu Leão Pereira.

Sala das Sessões, 19/11/03.

José Eymard Costa
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator

ACR/EJ/cecs