

Acórdão: 16.243/03/3<sup>a</sup> Rito: Ordinário  
Impugnação: 40.010106733-00  
Impugnante: Glaxo Wellcome S/A  
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda  
Proc. S. Passivo: Nanci Gama/Outros  
PTA/AI: 01.000139497-11  
CNPJ: 33.172560/0001-82  
Origem: DF/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. Exigências fiscais mantidas. Lançamento 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 procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 49 a 50, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 62 a 64.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 81, 92 e 186, que resultam nas manifestações de fls. 88 a 90, 95 a 184 e 188 a 224, respectivamente.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 226 a 233, opina pela procedência do lançamento.

A 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento, na sessão do dia 13/05/03, delibera converter o julgamento em diligência, a qual é cumprida pelo Fisco às fls. 238 a 241. A Auditoria Fiscal ratifica seu entendimento anterior (fls.243 a 244).

**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, § 4.º, 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 18/12/2001, e dele devidamente intimada a Autuada no dia 20/12/2001 (fls. 04) e Coobrigada no dia 26/12/2001, 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 o 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 exercer 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 Glaxo Wellcome S/A, 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 no período fiscalizado de 01/01/96 a 31/12/96

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 12 a 48, anexas ao Auto de Infração, tendo sido retificadas nas planilhas de fls. 97 a 133.

Estas planilhas contêm a descrição dos produtos, quantidade, valor unitário, descontos concedidos, , preço máximo de venda a consumidor, além da base de cálculo do ICMS/ST e os valores de imposto devidos pelas operações próprias da autuada e aqueles apurados a título de substituição tributária.

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 subsequentes 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 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 artigo 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. 139 a 166) 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).

Por meio das mesmas o Fisco pôde ainda constatar que alguns produtos sofreram reajuste de preços na fábrica no período considerado, razão pela qual o feito

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

foi reformulado, quando então o valor original exigido a título de ICMS passou de R\$ 172.899,45 para R\$ 173.149,61.

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.

Deve ser ressaltado 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, procedeu à redução destas em 10% de forma a atender, como afirma às fls. 96 dos autos, o disposto no parágrafo 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 infringência e a penalidade estão corretamente capituladas no Auto de Infração e, uma vez que a Autuada deixou de reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, a multa de revalidação foi 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 -II – "c"- do CTN.

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 inexistência 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 alega que a Medcall provavelmente destacou o ICMS em suas operações próprias, no momento das vendas das mercadorias. Ainda que este procedimento tenha sido uma realidade, o fato é que o mesmo terá sido equivocado uma vez que criou para os contribuintes em questão uma sistemática particular de tributação, com a qual não podemos concordar.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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), frente aos alegados destaques, entende ter recolhido imposto indevido, cabe-lhe proceder ao pedido de restituição de indébitos, que será objeto de análise da Fazenda Estadual em outro PTA.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Wagner Dias Rabelo.

**Sala das Sessões, 18/11/03.**

**Edwaldo Pereira de Salles**  
**Presidente/Revisor**

**Windson Luiz da Silva**  
**Relator**

WLS/EJ