

Acórdão: 18.263/07/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010120008-92
Impugnante: Humana Medicamentos Especiais Ltda
PTA/AI: 01.000154754-58
Inscr. Estadual: 702246234.00-00
Origem: DF/ Uberlândia

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTO – NOTA FISCAL - FALTA DE ESCRITURAÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatado falta de escrituração de notas fiscais de aquisições de medicamentos no livro Registro de Entradas, bem como a falta de recolhimento do ICMS/ST correspondente. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, §2º, inciso II e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso I, ambos da Lei 6763/75. Adequação da multa de revalidação ao percentual simples (50%) previsto no artigo 56, inciso II, da citada lei.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTO – BASE DE CÁLCULO - FALTA DE RECOLHIMENTO E/OU RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatado falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS/ST devido pelas aquisições de medicamentos de estabelecimentos situados em outras Unidades da Federação, tendo em vista a não observância das disposições contidas no artigo 410, inciso I, alíneas “a” e “b”, Anexo IX e art. 59, inciso III, do Anexo XV, ambos do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, §2º, inciso II, da Lei 6763/75. Adequação da multa de revalidação ao percentual simples (50%) previsto no artigo 56, inciso II, da citada lei.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, no período de 01/09/2004 a 30/06/2006:

1 - falta de escrituração de diversas notas fiscais de aquisição no livro Registro de Entradas, bem como a falta de recolhimento do ICMS/ST correspondente;

2 - falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS/ST devido pelas aquisições de medicamentos de estabelecimentos situados em outras Unidades da Federação, tendo em vista a não observância das disposições contidas no artigo 410,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inciso I, alíneas “a” e “b”, Anexo IX e art. 59, inciso III, do Anexo XV, ambos do RICMS/02.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, § 2º, inciso II e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso I, todos da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 1338 a 1346, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1352 a 1357.

DECISÃO

Da Preliminar

Da análise do Auto de Infração recebido pela Impugnante, verifica-se que o mesmo contém todos os requisitos exigidos na legislação, inclusive as indicações precisas das infringências e penalidades, nos termos do artigo 58, da CLTA/MG, aprovada pelo Decreto nº 23.780/84, não devendo, portanto, ser acatada a arguição de nulidade do AI.

Do Mérito

Conforme indicado no Auto de Infração (fls. 03/05), duas irregularidades foram apuradas pelo Fisco, no período de 01/09/2004 a 30/06/2006.

A primeira delas foi a falta de escrituração de diversas notas fiscais de entrada pertinentes ao período de setembro/2004 a junho/2006, no montante de R\$ 486.358,95, motivo da exigência, com base no artigo 55, inciso I, da Lei 6763/75, da multa isolada pelo descumprimento da obrigação acessória, no total de R\$ 48.635,90, conforme calculado no documento de fls. 42. Em relação a essas mesmas notas fiscais exige-se, também, a diferença de ICMS substituição tributária devido, cujo pagamento não foi comprovado, consoante demonstrativo individual constante na planilha de fls. 20/27, no valor total de R\$ 96.068,34. Além da omissão dos registros incorrera-se também na omissão do recolhimento do tributo decorrente. Referidas notas fiscais estão autuadas, em ordem cronológica de emissão/entrada às fls. 45/390. Cópias autenticadas dos livros Registro de Entradas, exercício de 2004, acham-se às fls. 392/444, exercício 2005, às fls. 446/607 e exercício 2006, às fls. 609/727.

A segunda irregularidade foi a falta de recolhimento e/ou comprovação de recolhimento, bem assim o recolhimento a menor do ICMS/ST referente a medicamentos oriundos de outras Unidades da Federação, no decorrer do período de outubro/2004 a junho/2006, em relação às notas fiscais declaradas ao Fisco. Como se tem no demonstrativo da apuração (fls. 28/37), todos os recolhimentos pertinentes a cada nota fiscal elencada, quando existente, foi devidamente abatido, exigindo-se, então, somente a diferença detectada, cujo montante equivale a R\$ 171.455,31. Sobre ele, exige-se a multa de revalidação de 100%, por determinação do § 2º, inciso II, do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

artigo 56, da Lei 6763/75. Cópias devidamente autenticadas dessas notas fiscais e respectivas guias de recolhimento, quando existentes, estão às fls. 729/1335.

Data vênia, conclusivamente a peça impugnatória apresentada tem efeitos meramente protelatórios, nada de novo acrescentando aos autos. Senão veja-se.

Importa lembrar que a substituição tributária sobre as operações relativas a medicamentos e outros produtos farmacêuticos, conforme inciso I do artigo 408 do Anexo IX do RICMS/2002, redação dada pelo Decreto 43.724 de 29/01/2004, passou a vigor em 01/01/2004, cabendo a responsabilidade, dentre outras hipóteses, ao contribuinte mineiro que adquirisse ou recebesse tais mercadorias de outra Unidade da Federação, sem a retenção, situação em que o imposto deveria ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira, ou, na sua falta, no primeiro município mineiro por onde transitasse, sendo facultado o pagamento antecipado mediante GNRE.

No caso, a base de cálculo para fins da substituição tributária, nos termos do artigo 410, II, “b”, Anexo IX do RICMS/2002, cuja vigência foi de 01/01/2004 a 30/11/2005, era o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do respectivo segmento econômico. A partir de 01/12/2005 igual regra vige com a publicação do Anexo XV, artigo 59, III, c/c o artigo 19, I, “b2” do mesmo RICMS. É o que se depreende com a leitura do Anexo IX do RICMS/2002:

“Artigo 410 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será:

I - na saída de mercadoria de uso hospitalar destinada a distribuidora localizada neste Estado, é o valor da operação promovida pelo estabelecimento fabricante, nele incluídas as despesas debitadas ao adquirente, adicionado do produto resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de 29% (vinte nove por cento), observado o seguinte: (efeitos de 01/08/2004 a 30/11/2005-redação do Decreto 43.837/2004) (sublinhamos)

a - considera-se distribuidora de mercadorias de uso hospitalar, para efeito do disposto neste inciso, o estabelecimento atacadista cujas vendas destinadas a hospitais, clínicas ou a órgãos da Administração Pública representem, no mínimo, 90% (noventa por cento) da sua receita operacional anual; (efeitos de 01/08/2004 a 30/11/2005-redação do Decreto 43.837/2004)

b - portaria da Superintendência de Tributação relacionará as distribuidoras hospitalares cujas aquisições de mercadorias estarão sujeitas à utilização do percentual previsto neste inciso; (efeitos de 01/01 a 30/11/2005-redação do Decreto 43.941/2004) (sublinhamos)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b - portaria da SLT relacionará as distribuidoras hospitalares detentoras do regime especial; (efeitos de 01/08 a 31/12/2004-redação do Decreto 43.837/2004)” (sublinhamos)

Portanto, para uso do benefício do cálculo da base de cálculo da substituição tributária com emprego da margem de 29% sobre o custo mais despesas, quando não exigido o correspondente regime especial, a norma previa necessariamente, desde então, o enquadramento do contribuinte na categoria de distribuidor de medicamento hospitalar, o que se efetivaria, consoante disposição da alínea “d”, inciso I, do artigo 410, do Anexo IX, do RICMS/2002, mediante requerimento do interessado protocolizado na Delegacia Fiscal de sua circunscrição, acompanhado da declaração de que o mesmo se enquadrava como tal, nos termos da alínea “a” deste mesmo inciso I dantes transcrito.

Fato é que a Autuada nunca personificou a qualidade de atacadista, distribuidor, muito menos distribuidor hospitalar. Talvez esta a razão de nunca haver celebrado qualquer regime especial com a SEF/MG, nem tampouco enquadrar-se como distribuidor de medicamentos hospitalares, situação em que, pela regra imposta, indubitavelmente sujeita-se à tributação sobre o preço máximo de venda a consumidor na forma do já mencionado inciso II, alínea “b”, do art. 410, do Anexo IX, do RICMS/2002.

Por outro viés, o Decreto 44.147 de 14/11/2005 acresceu o Anexo XV ao RICMS/2002, o qual veio tratar exclusivamente do regime de substituição tributária, vigendo, e revogando parcialmente o Anexo IX, a partir de 01/12/2005. Mas tal mudança não atingiu o cerne das regras em questão, uma vez que o mesmo tratamento vigora, apenas que, hoje, objeto dos artigos 59, inciso IV, § 3º, incisos I e II do Anexo XV do mesmo RICMS/02.

Cabe aqui informar que o contribuinte em foco exerce atividade de varejista, estando enquadrado, junto aos Órgãos Públicos competentes, no CNAE-F 5241-8/01 - “Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas”, situação em que não há previsão legal, em todo período envolvido, para benefício de qualquer redução na BC/ST.

As alíquotas empregadas no cálculo do imposto exigido, manualmente indicadas no corpo de cada nota fiscal, estão em conformidade com a legislação de regência, não tendo havido qualquer reclamação da Autuada quanto ao seu emprego.

Aos 14/03/2006, consoante documento de fls. 38, o Contribuinte foi comunicado, pelo Delegado Fiscal de Uberlândia em exercício, da realização de atividade fiscal exploratória. Aos 29/03/2006, na forma do documento de fls. 39/40, foi comunicado do encerramento da referida ação, ocasião em que tomou ciência da possibilidade da realização de denúncia espontânea, tendo em vista a constatação fiscal dos indícios das duas irregularidades fruto do Auto de Infração. Como o Contribuinte não o fez, aos 19/07/2006 teve contra si expedido o Termo de Início de Ação Fiscal de fls. 02. Conforme documentos de fls. 09/18, em 18/09/2006, na pessoa da contabilista habilitada, fora intimado à apresentação das notas fiscais ali relacionadas, levantadas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pelo Fisco como não declaradas. As notas fiscais por ele apresentadas são aquelas autuadas às fls. 45/390.

Portanto, o Contribuinte teve oportunidade de regularização das suas pendências fiscais, literalmente apontadas pelo Fisco. Optou por não fazê-lo. Afirma estar correto, mas não demonstra a efetividade dos procedimentos cobrados. Modo contrário, a documentação constante dos autos comprova que os registros originais da Autuada não traduzem a exatidão e a licitude por ela defendidas.

Aliás, a título de informação, a falta de escrituração de documentos fiscais e pagamento a menor do imposto devido é prática do mesmo, haja vista a autodenúncia de nº 05.000102884.91 por ela assumida em 15/12/2004, concernente à falta de recolhimento do ICMS/ST sobre medicamentos adquiridos de fora do Estado, no período de 01/01 a 30/09/2004, e complemento do ICMS/ST devido sobre o estoque de medicamentos existente em 31/12/2003 no seu estabelecimento. Mencionada denúncia, no montante de R\$ 167.406,06, culminou no parcelamento de nº 12.019271300.20, de mesma data, com pagamento em 60 parcelas, ainda hoje em andamento. Houve a prática do ilícito, somente ocorreu a exclusão da penalidade acessória em virtude da denúncia espontânea.

Fato é que as irregularidades apuradas pelo Fisco estão perfeitamente descritas na peça fiscal, subsumindo-se integralmente às situações hipotéticas penalizadoras indicadas. Se não literalmente expressas no corpo do Auto de Infração, as respectivas informações constam de documentos e planilhas anexas ao mesmo, como nele mesmo citado. Destarte, todos esses documentos foram efetivamente entregues à Autuada, por ocasião da ciência do lançamento, conforme documenta o recibo de fls. 1336. Evidentemente, não é legítimo tratar de suposição no feito fiscal diante das provas oferecidas, muito menos assegurar informações incompletas no instrumento guerreado.

Diversamente da tese da defesa, não há exigência de obrigação tributária, principal e acessória, sobre o mesmo fato gerador. Em relação aos documentos não declarados, aparentemente, exige-se multas de revalidação e isolada. Todavia, ambas penalidades incidem sobre bases de cálculo diferenciadas, pois de origem diversa: a multa isolada, pelo descumprimento da obrigação de registro dos documentos fiscais, incide sobre o valor total dos documentos emitidos pelos respectivos remetentes, enquanto que a de revalidação incide sobre o valor do imposto devido não pago tempestivamente, dada a ação fiscal. Os exatos dispositivos legais constam expressamente do Auto de Infração.

Claramente as obrigações do contribuinte do imposto estão expressas no texto legal, não carecendo de qualquer comunicado administrativo específico para a caracterização do seu inadimplemento pelo responsável.

Não se pode coadunar com a imputada alegação de irregularidades na indicação de dispositivos e anexos não pertencentes ao Decreto 43.080/2002, uma vez que este próprio decreto exprime a aprovação do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação que com ele se publica, e que não conta com numeração específica.

Sob a ótica da legalidade do lançamento cabe ainda memorar que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do parágrafo único do artigo 142 do CTN. Não é do propósito do Fisco, nem a ele incumbe, a exigência de valores indevidos.

Ainda que a redução da penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória seja passível de aplicação, conforme previsto no § 3º do artigo 53 da Lei 6763/75, cabe militar pela sua inaplicabilidade, no intuito de que a Autuada não se sinta incentivada à prática do ato lesivo que, principalmente em relação às operações cuja tributação ocorre por ocasião das entradas, acarreta tantos prejuízos aos cofres públicos. No entanto, face ao item 3 do parágrafo 5º desse mesmo dispositivo, entende-se pela impossibilidade da aplicação da redução requerida, já que a falta de registro dos documentos listados também resultou em falta de recolhimento de tributo, qual seja o ICMS/ST correspondente.

Legítimas são as exigências fiscais.

Entretanto, com relação à Multa de Revalidação em dobro, capitulada no artigo 56, § 2º, inciso II, da Lei 6763/75, a mesma deve ser adequada ao percentual simples (50%) previsto no artigo 56, inciso II, da citada lei, uma vez que o dispositivo não contempla a chamada ST-Interna, devida quando da entrada da mercadoria acobertada por documento fiscal:

“Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

.....

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com efeito, a conduta da Autuada não está contemplada em nenhum dos três incisos, devendo-se aplicar a multa de revalidação simples, de 50% (cinquenta por cento).

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para adequar a multa de revalidação em dobro ao percentual simples (50%). Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros José Francisco Alves (Revisor), Cássia Adriana Lima Rodrigues e Helaine Couto Fiuza de Carvalho.

Sala das Sessões, 24/05/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ