

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	4.616/16/CE	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000274728-40	
Recurso de Revisão:	40.060140137-75	
Recorrente:	Zydus Nikkho Farmacêutica Ltda	
	IE: 001560299.00-97	
Recorrida:	Fazenda Pública Estadual	
Proc. S. Passivo:	Mauro da Cruz Jacob/Outro(s)	
Origem:	DF/Divinópolis	

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recurso de Revisão não conhecido. Decisão inânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e o recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), no período de 07/12/12 a 04/10/13, quando a Autuada, contribuinte substituto tributário por força de regime especial, realizou operações de saída de medicamentos e produtos farmacêuticos relacionados no item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 para diversos destinatários localizados no estado de Minas Gerais. Para a formação da base de cálculo da substituição tributária, no momento da emissão das notas fiscais, deixou de utilizar a tabela de preços máximos sugeridos a consumidor pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - ABCFARMA, conforme previsão do art. 59, inciso II, alínea "a" da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea "c", ambos da Lei nº 6.763/75.

A 1ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.083/16/1ª, à unanimidade dos votos, julgou procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 462/474.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no seguinte acórdão indicado como paradigma: 19.740/12/2ª. Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 497/503, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo não provimento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por essa razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

1. Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Por força de regime especial celebrado com a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais a Recorrente é responsável, na condição de substituta tributária, pela retenção e recolhimento do ICMS/ST relativo às operações subsequentes, nas remessas de medicamentos e outros produtos farmacêuticos com destino a contribuintes sediados neste Estado.

Em função de estar sediada no estado do Rio de Janeiro, com o qual Minas Gerais não possui protocolo para instituição da substituição tributária em operações com medicamentos, a Recorrente, nas operações por ela praticadas com contribuintes mineiros, ocorridas no período compreendido entre 07/12/12 a 04/10/13, deveria ter efetuado a retenção do ICMS/ST utilizando-se da base de cálculo prevista no art. 59, inciso II, alínea “a” do Anexo XV do RICMS/02 (PMC), e não aquela estabelecida na alínea “b” do inciso II do mesmo dispositivo legal (que remete ao art. 19, inciso I, alínea “b.3” do mesmo Anexo – utilização de MVA), que foi indevidamente aplicada pela Recorrente, gerando, por consequência, retenção e recolhimento do ICMS/ST em valor inferior ao efetivamente devido a este estado:

Anexo XV – RICMS/02

Art. 59. Relativamente às mercadorias de que trata o item 15 da Parte 2 deste Anexo, a base de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária é:

[...]

Efeitos de 12/08/2011 a 27/12/2013

II - nas operações promovidas por contribuinte não fabricante:

a) o preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do segmento econômico para a mercadoria, ressalvadas as hipóteses previstas na alínea “b”;

b) a prevista no art. 19, I, “b”, 3, desta Parte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

[...]

2. quando promovida por importador situado em unidade da Federação signatária do Protocolo para aplicação da substituição tributária e detentor do registro da mercadoria junto ao órgão público regulador de que trata o art. 12 da Lei Federal nº 6.360, de 1976;

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subsequentes:

[...]

b) tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

[...]

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo;

Grifou-se.

A Recorrente entende, no entanto, que após a edição do Decreto nº 46.696/14, que deu nova redação ao item 2 da alínea “c” do inciso II do art. 59 do Anexo XV do RICMS/02 (efeitos a partir de 01/01/15), a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária passou a ser aquela prevista no art. 19, inciso I, alínea “b.3” do mesmo Anexo (utilização de Margem de Valor Agregado, e não mais o Preço Máximo a Consumidor), independentemente do fato de a mercadoria ser ou não proveniente de unidade da Federação signatária de Protocolo para aplicação da substituição tributária:

Art. 59. Relativamente às mercadorias de que trata o item 15 da Parte 2 deste Anexo, a base de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária é:

[...]

II - nas operações promovidas por contribuinte não fabricante, observada a ordem:

[...]

c) a prevista no art. 19, I, “b”, 3, desta Parte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos a partir de 1º/01/2015

Redação dada pelo Dec. N° 46.696, de 30/12/2014

[...]

2. quando promovida por estabelecimento importador detentor do registro da mercadoria junto ao órgão público regulador de que trata o art. 12 da Lei Federal n° 6.360, de 1976.

Defende, dessa forma, que se aplica ao caso dos autos a retroatividade benigna prevista no art. 106, inciso II, alínea “a” do CTN, uma vez que o procedimento por ela adotado teria deixado de ser considerado como infração, tendo em vista que não há mais na legislação a exigência de que a mercadoria deva ser proveniente de Estado signatário de protocolo de substituição tributária, para que seja utilizada a MVA na determinação da base de cálculo do ICMS/ST (art. 19, I, “b.3”), tese esta já defendida em sua peça exordial apresentada, mas que foi rejeitada pela Câmara *a quo*.

Ressalta, nesse sentido, que o acórdão recorrido diverge da decisão proferida no Acórdão n° 19.740/12/2ª (fls. 479/495), motivo pelo qual requer seja conhecido e provido o seu recurso, “*determinando-se a total improcedência do lançamento, com o consequente cancelamento do crédito tributário respectivo, de forma que a peça lançadora não produza quaisquer efeitos no mundo jurídico*”.

No entanto, após análise dos autos e do inteiro teor do acórdão indicado como divergente, constata-se não assistir razão à Recorrente, uma vez não caracterizada a alegada divergência jurisprudencial.

Com efeito, no caso do acórdão indicado como paradigma o Fisco havia exigido a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso II da Lei n° 6.763/75, pelo fato de o Sujeito Passivo ter descumprido a obrigação acessória de autenticar seus livros fiscais (escriturados por Processamento Eletrônico de Dados – PED) na Repartição Fiscal, porém a obrigatoriedade de autenticação dos livros escriturados por PED foi posteriormente revogada (Decreto n° 45.542/11), fato que motivou o cancelamento da penalidade exigida, com fulcro no art. 106, inciso II, alínea “b” do CTN, *verbis*:

Acórdão n° 19.740/12/2ª (Paradigma)

Ementa (Parcial)

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE LIVRO FISCAL – FALTA DE AUTENTICAÇÃO. Constatada a escrituração dos livros Registro de Entradas, Registro de Saída e Registro de Apuração de ICMS, sem autenticação da Repartição Fiscal. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, II da Lei n° 6.763/75. Entretanto, em razão de a legislação tributária não mais exigir o registro do livro fiscal na Repartição Fazendária, aplica-se a retroatividade benigna da lei tributária consoante alínea “b”, inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN), exclui-se a aplicação da penalidade.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

Decisão:

A autuação versa sobre a constatação, mediante a conferência de documentos e livros fiscais, da prática das seguintes irregularidades por parte da Autuada:

1) ...

2) deixar de registrar na Repartição Fazendária os livros de Registro de Entrada, Registro de Saída e registro de Apuração do ICMS, dos anos de 2006, 2007 e 2008, com exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, II da Lei nº 6.763/75.

[...]

Com efeito, assim dispõe a legislação:

Lei nº 6.763/75

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

II - manter livros fiscais devidamente registrados na repartição fazendária, bem como os documentos fiscais e arquivos com registros eletrônicos, na forma e no prazo previstos na legislação tributária;

(...)

Parte 1 - Anexo VII do RICMS/2002 (redação vigente ao tempo da infração)

Art. 37 - Os livros fiscais escriturados por PED, após encadernados, serão autenticados no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data do último lançamento, pela Administração Fazendária (AF) a que estiver circunscrito o contribuinte.

Sobre essa irregularidade, o Fisco exigiu a penalidade prevista no art. 54, inciso II da Lei nº 6.763/75, abaixo transcrita:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por falta de livros fiscais devidamente registrados na repartição fiscal ou de livros fiscais escriturados por processamento eletrônico de dados devidamente autenticados - 500 (quinhentas) UFEMGs por livro;

(...)

Entretanto, o art. 3º do Decreto nº 45.542, de 3 de fevereiro de 2011, revogou o art. 37 da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, não exigindo mais do contribuinte a autenticação dos livros fiscais escriturados por PED.

Desse modo, aplica-se ao caso o disposto na alínea “b” do inciso II do art. 106 do CTN, conforme se segue:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; (grifou-se).

Ressalte-se que o inciso II do art. 16 da Lei nº 6.763/75 vincula o cumprimento da obrigação ao disposto em regulamento, o qual não mais exige a sua obrigatoriedade, o que enseja a aplicação da retroatividade benigna da lei tributária e a consequente exclusão da penalidade aplicada.” (Grifou-se).

No caso do presente processo, a alteração promovida na legislação, excluindo a condição de que a mercadoria fosse proveniente de estado signatário de protocolo para a utilização da base de cálculo prevista no art. 19, I, “b.3” do Anexo XV do RICMS/02 (utilização da MVA, e não mais do PMC), não retroage no tempo, pois não se trata de “lei” interpretativa, e não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no inciso II do art. 106 do CTN.

Ressalte-se que “a aplicação ‘retroativa’ da lei tributária atende aos mesmos princípios do direito penal. Não diz respeito ao pagamento do tributo, que não deixa de ser exigível em face da lei nova, a não ser nos casos de remissão, nos termos do art. 172 do Código”¹.

Assim, ainda que se considerasse qualquer efeito retroativo, o que não é o caso, este se daria somente em relação à penalidade, e não em relação ao ICMS/ST devido pela Recorrente, em função de aplicação de base de cálculo diversa da prevista na legislação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além disso, como bem ressalta o acórdão recorrido, nos termos do disposto no art. 144 do CTN “*o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada*”, vale dizer, à época dos fatos discutidos no presente processo (07/12/12 a 04/10/13), a legislação vigente estabelecia a utilização da base de cálculo prevista no art. 59, II, “a” do Anexo XV do RICMS/02, se o remetente da mercadoria estivesse sediado em unidade Federada com a qual Minas Gerais não tivesse protocolo de substituição tributária, o que não foi observado pela Recorrente.

Não se trata, portanto, de divergência jurisprudencial, e sim, de decisões distintas, em função de circunstâncias fático-legais também distintas, porém sem interpretação ou aplicação divergente da legislação tributária.

Diante do exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Recorrente, sustentou oralmente a Dra. Ana Lúcia Pires de Oliveira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis (Revisor), Luciana Mundim de Mattos Paixão, Marco Túlio da Silva e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 15 de julho de 2016.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator