

Acórdão: 22.491/20/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001150631-78
Impugnação: 40.010147060-91
Impugnante: Multifarma Comércio e Representações Ltda.
IE: 062485918.00-29
Proc. S. Passivo: Gustavo César Souza Nascimento/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatada a falta de destaque de ICMS (operação própria) nos documentos fiscais emitidos. Exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes.

ALÍQUOTA DE ICMS – DIFERENCIAL – FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatada a falta de destaque e do recolhimento do diferencial de alíquota, conforme previsto nos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 99 da ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/15, nas operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidor final, não contribuintes do ICMS. Corretas as exigências do ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE NÃO TRIBUTADA - MERCADORIA ENVIADA PARA INCINERAÇÃO. Constatou-se a falta de estorno de créditos de ICMS relacionados a saídas não tributadas. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da citada lei.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE NÃO TRIBUTADA - SAÍDAS ISENTAS. Constatada a falta de estorno de créditos do imposto, relativos a aquisições de mercadorias, cujas saídas posteriores ocorreram com o benefício da isenção do imposto. Infração caracterizada, nos termos do art. 71, inciso I, do RICMS/02, uma vez que a Autuada não se enquadra na hipótese de manutenção dos créditos prevista no item 130.3 do Anexo I do RICMS/02. Corretas as exigências relativas ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, no art. 56, inciso II e art. 55, inciso XIII, alínea “b” c/c § 2º, inciso I, todos da Lei nº 6.763/75.

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA. Constatada a aplicação incorreta da alíquota do imposto em operações internas, acarretando recolhimento a menor do imposto. **Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.**

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS. Constatou-se a falta de retenção e de recolhimento do ICMS/ST devido nas saídas internas de medicamentos listados no item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, vigente no período autuado. **Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Infração caracterizada. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75, esta limitada a duas vezes o valor do imposto incidente (inciso I do § 2º do art. 55 da citada lei).**

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento versa sobre a constatação das seguintes irregularidades:

1 - falta de destaque de ICMS/operação própria, em documentos fiscais emitidos no período de dezembro de 2013 a setembro de 2017, sendo exigido o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75;

2 - falta de destaque e do recolhimento do diferencial de alíquota (DIFAL), no percentual de 60%, no exercício de 2016 e de 40%, no exercício de 2017, nas operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidor final, não contribuintes do ICMS, no período de janeiro de 2016 a setembro de 2017, sendo exigido o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75;

3 - falta de estorno de créditos de ICMS relacionados a operações de saídas de mercadorias destinadas à incineração, no período de março de 2015 a setembro de 2017, sendo exigido o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XIII, alínea "b" c/c inciso I do § 2º do art. 55, todos da Lei nº 6.763/75;

4 - falta de estorno de créditos de ICMS relativos a operações de saídas de mercadorias, enquadradas no item 130 do Anexo I do RICMS/02 (constantes da Parte 15 do Anexo I do RICMS/02), cujas saídas ocorreram sem destaque do ICMS/operação própria, em razão da isenção prevista no dispositivo citado, destinadas a órgãos da administração pública direta e indireta federal, estadual e municipal, e suas fundações, no período de setembro de 2015 a setembro de 2017, sendo exigido o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XIII, alínea "b", c/c inciso I do § 2º do art. 55, da Lei 6.763/75;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

5 - destaque a menor de ICMS operação própria nos documentos fiscais referentes às saídas de mercadorias, em operações internas, destinadas à comercialização, tendo em vista a utilização de alíquota incorreta, no período de novembro de 2013 a dezembro de 2016, sendo exigida a diferença de ICMS e respectiva multa de revalidação;

6 - falta de destaque do ICMS devido por substituição tributária, em documentos fiscais de saídas de mercadorias, em operações internas, destinadas à comercialização, uma vez que as referidas mercadorias deram entrada no estabelecimento autuado acobertadas por notas fiscais sem o destaque e retenção do ICMS/ST, tendo em vista que a Autuada enquadra-se como distribuidor hospitalar, sendo exigido o ICMS/ST (apurado mediante a utilização do PMCe, na ausência deste, com a utilização da MVA correspondente, com base no art. 59, inciso II, alínea “a, e alínea “c”, subalínea “5”, do Anexo XV do RICMS/02), Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, c/c inciso I do § 2º do art. 55, da Lei 6763/75, no período de novembro de 2013 a dezembro de 2016).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 53/66.

Acatando, parcialmente, as razões da defesa, a Fiscalização reformula o lançamento às fls. 97/109.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 123/129.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 131/136.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 141/165, opina, em preliminar, pelo indeferimento da prova pericial requerida e quanto ao mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário às fls. 97/109 e, ainda, para:

- **em relação ao item 01 do AI**, excluir as exigências fiscais em relação às notas fiscais de nºs 23944 e 24100, destinadas à Associação Mário Pena;

- **em relação ao item 03 do AI**, excluir a Penalidade Isolada prevista na “b” do inciso XIII do art. 55 da Lei nº 6.763/75;

- **em relação ao item 4 do AI**, adequar a Penalidade Isolada prevista na “b” do inciso XIII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 ao disposto no inciso II do § 2º do citado artigo.

A Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 167, o qual é cumprido pela Autuada às fls. 174/178.

Acatando em parte, novamente, a Impugnação, a Fiscalização reformula o lançamento (fls. 380/386).

Aberta, mais uma vez, vista à autuada, que se manifesta às fls. 409/417.

A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 419/424 e a Assessoria do CCMG emite novo parecer às fls. 426/452, opinando, em preliminar, pelo

indeferimento da prova pericial requerida. Quanto ao mérito, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário às fls. 380/396.

DECISÃO

Os fundamentos expostos nos pareceres da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto, formula os quesitos de fls. 64/65, os quais trazem os seguintes questionamentos, a seguir sintetizados:

- 1 - Delimite o objeto da perícia;
- 2 - A Fiscalização considerou correta a alíquota de ICMS no percentual de 18% para medicamentos genéricos. Caso a Fiscalização tenha utilizado a alíquota incorreta, qual seria o valor do novo crédito tributário?
- 3 - Informar se a Fiscalização considerou, em sua autuação, as ordens judiciais obtidas pelos clientes/adquirentes quando da venda das mercadorias pela Impugnante, uma vez que tais ordens judiciais afastam a incidência do ICMS nas aquisições das mercadorias vendidas. Qual seria o montante excluído do crédito tributário se observadas as ordens judiciais?
- 4 - Queira o Perito informar se na aplicação da Multa Isolada poderia a Fiscalização ter observado a redação do inciso II do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, ao invés do inciso I do referido dispositivo legal, uma vez que a operação subsequente foi amparada por isenção e não incidência de ICMS do ICMS.
- 5 - Informar se a Fiscalização utilizou-se de créditos distintos (PMC e MVA) para calcular o ICMS/ST para a mesma mercadoria vendida pela Impugnante na mesma data ou em datas próximas. Caso positivo, haveria algum amparo legal para tal conduta?
- 6 - Informar, em termos percentuais, quanto a margem do PMC é superior à margem apurada na MVA para as mercadorias em questão e qual a diferença entre esses 2 critérios.

Segundo a doutrina *“em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele*

recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante, em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Acresça-se que a Fiscalização, acatando as alegações da Defesa, promoveu a reformulação do crédito tributário para considerar a alíquota de ICMS no percentual de 12% (doze por cento) para os medicamentos genéricos.

Também foram excluídas, da apuração, as exigências em relação às saídas de mercadorias para detentor de decisão judicial favorável à não incidência de ICMS, bem como foram adequadas as exigências fiscais no tocante a aplicação da MVA e do PMC.

Verifica-se que os questionamentos trazidos pela Defesa, podem ser resumidos a um simples cotejo da legislação tributária pertinente com a apuração realizada pela Fiscalização.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas; (...)

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se na legislação tributária e no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial, por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Primeiramente, vale destacar que a Autuada exerce a atividade de comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano (CNAE 46.44-3-01) e se enquadra como distribuidor hospitalar.

Passa-se à análise de cada item do lançamento.

No **item 1** do AI tem-se a acusação fiscal de falta de destaque de ICMS operação própria nos documentos fiscais listados na planilha constante do Anexo VI da mídia eletrônica de fls. 100 (após a reformulação do crédito tributário) “aba: saídas”, (código de ocorrência: 1023004, no período de dezembro de 2013 a setembro de 2017).

Exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Como relatado, alegou a Defesa que a Fiscalização exigiu o ICMS operação própria e respectivas penalidades utilizando-se na apuração do imposto a alíquota no percentual de 18% (dezoito por cento) para medicamentos genéricos em operações internas, quando o correto seria a utilização da alíquota no percentual de 12% (doze por cento), conforme determina a subalínea “b.8” do inciso I do art. 42 do RICMS/02, elencando às fls. 57 as notas fiscais eletrônicas de saída que se enquadram nesta situação.

Conforme consta do Termo de Rerratificação de fls. 97/99, a Fiscalização alterou a apuração do imposto exigido para adotar a alíquota do imposto no percentual de 12% (doze por cento) em relação a todas as operações internas relacionadas com medicamentos genéricos, as quais haviam sido elencadas pela Impugnante.

No aditamento à impugnação, a Impugnante repete este argumento e colaciona novamente (fls. 125) a relação das notas fiscais cuja apuração foi adequada pela Fiscalização.

Portanto, restou atendido o disposto na subalínea “b.8” do inciso I do art. 42 do RICMS/02:

CAPÍTULO VII Da Alíquota

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

b.8) medicamento genérico, assim definido pela Lei Federal n° 6.360, de 23 de setembro de 1976, relacionado em resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

Em relação a este item do lançamento, sustentou ainda a Defesa que foi exigido ICMS para 03 (três) dos seus clientes (Fundação Cristiano Varella, Associação Mário Penna e a Fundação São Francisco Xavier, identificados às fls. 57 dos autos e decisões judiciais colacionadas às fls. 78/91), os quais são detentores de decisão judicial favorável afastando a incidência do ICMS, reconhecendo-lhes a imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, alínea “c”, da CF/88.

Sustenta a Fiscalização que excluiu da apuração as exigências fiscais relativas às notas fiscais emitidas para a Associação Mário Penna e, quanto aos demais clientes citados, não há notas fiscais autuadas, tendo eles como destinatários, conforme se verifica da planilha constante do Anexo VI da mídia eletrônica de fls. 100 (após a reformulação do crédito tributário) “aba: saídas”.

Todavia, após o Despacho Interlocutório baixado pela Câmara deste CCMG, a Fiscalização, acatando parcialmente as alegações da Defesa e também se fundamentando na análise efetuada no Parecer da Assessoria deste Conselho, de fls. 141/165, reformula novamente o crédito tributário (fls. 380/407), para, no tocante ao item 1 do AI, excluir as exigências fiscais em relação às notas fiscais de n°s 23.944 e 21.100, destinadas à Associação Mario Pena, que ainda remanesciam no trabalho fiscal.

Entretanto, destaca, ainda, a Impugnante, que segundo o Auto de Infração, a empresa teria realizado operações tributadas sem o destaque do ICMS da operação própria.

Assevera que consta do Auto de Infração, CD contendo as planilhas utilizadas pela Fiscalização, pelas quais foi possível verificar que foi tributado, ora em 12% (doze por cento), ora em 18% (dezoito por cento), quando a alíquota correta seria 12% (doze por cento), nos termos do que determina a alínea “b.8” do inciso I do art. 42 do RICMS/02.

Diz que a situação apontada ocorreu nos casos destacados às fls. 177 (repetida às fls. 411), em que a própria descrição do medicamento comercializado informa tratar-se de “medicamento genérico”, amplamente conhecido no meio farmacêutico.

Ressalta que a lista de medicamentos genéricos é pública, com divulgação inclusive no Diário Oficial da União e controlada pela ANVISA, bastando uma simples consulta da Autoridade Fiscal, para verificar que se tratam de tais medicamentos (anexa aos autos referida lista – fls. 179/239).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização, por sua vez, deixou consignado que nos itens 1 e 2 do AI, exigiu o ICMS de operações de vendas em que o Sujeito Passivo não havia destacado o ICMS, sendo o item 1 o ICMS da operação própria e o item 2, o ICMS DIFAL EC nº 87/15.

No entanto, alguns produtos genéricos, que possuem alíquota de 12% (doze por cento), conforme subalínea “b.8” do art. 42 do RICMS/02, haviam sido tributados equivocadamente com alíquota de 18% (dezoito por cento).

Observa a Fiscalização que na impugnação inicial (fls. 53/93), este ponto já havia sido abordado e **aquelas NF-es que possuíam medicamento genérico e que haviam sido equivocadamente calculadas com alíquota de 18% (dezoito por cento), foram corrigidas para alíquota de 12% (doze por cento)**. Tal correção consta do Termo de Rerratificação do Lançamento (fls. 97/99) e os valores corrigidos podem ser observados na planilha “Anexo VI”, da mídia eletrônica de fls. 386, aba “Saídas”.

Pois bem, compulsando a referida Planilha Anexo VI (aba “Saídas”) da mídia eletrônica de fls. 386, com os filtros que interessam à presente análise, verifica-se o seguinte:

- BUTILBROMETO DE ESCOPOLAMINA DIPIRONA GEN 20MG 5ML 2 5G 5ML INJ CX C 100 AMP 5 ML:

No tocante à mercadoria acima, verifica-se que a Fiscalização exige o ICMS com aplicação da alíquota no percentual de 12% (doze por cento) nas operações internas. No caso de mercadoria destinada a outra unidade da Federação, a Fiscalização informa a alíquota interna do estado de destino da mercadoria, bem como a alíquota interestadual, exigindo corretamente o ICMS correspondente à alíquota interestadual, acrescido do percentual correspondente à partilha do ICMS para o Estado de Minas Gerais (estado de origem), conforme EC nº 87/15 e Convênio ICMS nº 93/15 (imagem no Parecer da Assessoria do CCMG às fls. 434).

- PIPERACILINA SODICA TAZOBACTAM SODICO GEN 4 0G 0 5G INJ CX C 10 FA 50ML:

No tocante à mercadoria acima, verifica-se que a Fiscalização exige o ICMS referente às saídas de mercadorias em operação interna com aplicação da alíquota no percentual de 12% (doze por cento), conforme Parecer da Assessoria do CCMG (fls. 435).

- CITRATO FENTANILA GEN A1 50MCG ML INJ CX C 50 AMP 10ML/2ML:

No tocante à mercadoria acima, verifica-se que a Fiscalização exige o ICMS com aplicação da alíquota no percentual de 12% (doze por cento) nas operações internas. No caso de mercadoria destinada a outra unidade da Federação, a Fiscalização informa a alíquota interna do estado de destino da mercadoria, bem como a alíquota interestadual, exigindo corretamente o ICMS correspondente à alíquota interestadual, acrescido do percentual correspondente à partilha do ICMS para o Estado de Minas Gerais (estado de origem), conforme EC nº 87/15 e Convênio ICMS nº 93/15 (imagem no Parecer da Assessoria do CCMG às fls. 435).

**- CLORIDRATO DE LIDOCAINA GEN 2 S VASO INJ CX C 25 FR S 20 ML/
CLORIDRATO DE RANITIDINA GEN 25MG ML INJ CX C 120 AMP 2ML:**

No tocante à mercadoria acima, verifica-se que a Fiscalização exige o ICMS com aplicação da alíquota no percentual de 12% (doze por cento) nas operações internas. No caso de mercadoria destinada a outra unidade da Federação, a Fiscalização informa a alíquota interna do estado de destino da mercadoria, bem como a alíquota interestadual, exigindo corretamente o ICMS correspondente à alíquota interestadual, acrescido do percentual correspondente à partilha do ICMS para o Estado de Minas Gerais (estado de origem), conforme EC nº 87/15 e Convênio ICMS nº 93/15 (imagem no Parecer da Assessoria do CCMG às fls. 436).

**- FOSFATO DE CLINDAMICINA GEN 600MG 4ML INJ CX C 100 AMP 4ML/
FOSFATO DISSODICO DE DEXAMETASONA GEN 4MG ML INJ CX C 100
AMP 2 5ML:**

No tocante à mercadoria acima, verifica-se que a Fiscalização exige o ICMS com aplicação da alíquota no percentual de 12% (doze por cento) nas operações internas. No caso de mercadoria destinada à outra unidade da Federação, a Fiscalização informa a alíquota interna do estado de destino da mercadoria, bem como a alíquota interestadual, exigindo corretamente o ICMS correspondente à alíquota interestadual, acrescido do percentual correspondente à partilha do ICMS para o Estado de Minas Gerais (estado de origem), conforme EC nº 87/15 e Convênio ICMS nº 93/15 (imagem no Parecer da Assessoria do CCMG às fls. 436).

**- METILPREDNISOLONA (SUCCINATO SODICO DE METILPREDNISOLONA)
GEN 500MG INJ CX C 25 FA DIL 8ML:**

No tocante à mercadoria acima, verifica-se que a Fiscalização exige o ICMS com aplicação da alíquota no percentual de 12% (doze por cento), conforme Parecer da Assessoria do CCMG (fls. 437).

Portanto, conforme alega a Fiscalização, a Impugnante insiste em uma alegação defensiva de erro na apuração fiscal, que já não mais existe nos presentes autos, após as reformulações do crédito tributário efetuadas.

A Defesa alega, também, que parte das operações tributadas, sem destaque do ICMS da operação própria, correspondem a vendas realizadas com os Municípios mineiros, no bojo de um Edital do Governo do Estado de Minas Gerais para a aquisição de compra estadual de medicamentos – componente básico da Assistência Farmacêutica, defendendo estar diante da isenção prevista no item 136 do Anexo I do RICMS/02.

Todavia, a referida alegação não merece acolhida e será objeto de análise juntamente com o item 04 do AI, a seguir, que tem a mesma tese de defesa.

Portanto, corretas as exigências remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75:

Art. 55

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, a base de cálculo prevista na legislação, ou consigná-la com valor igual a zero, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

Efeitos de 1º/01/2012 a 30/06/2017 - Acrescido pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/2011:

“XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;”

(...)

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

(...)

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou da prestação.

Destaca-se que a Penalidade Isolada foi exigida em valor inferior ao limitador máximo previsto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

O **item 02** do AI cuida da acusação fiscal de falta de destaque no documento fiscal e de recolhimento do diferencial de alíquota (DIFAL - no percentual de 60% - no exercício de 2016, e de 40% - no exercício de 2017, para o estado de Minas Gerais), relativo a operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidor final não contribuintes do ICMS, conforme implementado pela Emenda Constitucional nº 87/15.

Os documentos fiscais autuados encontram-se listados na planilha contida no Anexo VI da mídia eletrônica de fls. 100, “aba saídas – coluna DIFAL”, (código de ocorrência: 9001001, no período de janeiro de 2016 a setembro de 2017).

Exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Sobre este item do lançamento, a Impugnante questiona a exigência do ICMS a título de diferencial de alíquotas, em operações interestaduais, destinadas a clientes que possuem ordens judiciais que afastam a incidência deste imposto, sem apontar nos demonstrativos de apuração onde estariam referidas exigências.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, efetuando-se filtros na “aba saídas – coluna DIFAL” da planilha contida no Anexo VI da mídia eletrônica de fls. 100, constata-se que não há qualquer exigência em relação a notas fiscais destinadas aos seus clientes listados acima.

É oportuno salientar que a Emenda Constitucional nº 87/15 promoveu alterações significativas nos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, além de ter incluído o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Confira-se a nova redação dos referidos dispositivos legais:

Seção IV

DOS IMPOSTOS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

a) (revogada); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

b) (revogada); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

(Destacou-se).

Observa-se, assim, que a citada emenda constitucional outorgou nova competência tributária aos estados relacionada ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), qual seja, o diferencial de alíquota nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias e serviços a consumidor final, **não contribuinte do imposto.**

Relembre-se que as redações anteriores dos incisos VII e VIII do referido § 2º, previam a incidência do imposto relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas operações e prestações que destinem mercadorias e serviços a

consumidor final, contribuinte do ICMS, localizado em outro estado e, após as alterações promovidas pela citada EC nº 87/15, o imposto referente a esta diferença também será devido nas operações e prestações interestaduais **destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.**

Assim, as alíquotas interestaduais passaram a ser aplicadas também quando as operações se destinem a consumidores finais, visto que antes da EC nº 87/15, esta repartição do ICMS entre os estados de origem e destinatário da mercadoria, somente era aplicada se o destinatário fosse contribuinte do imposto.

Ademais, o art. 99 da ADCT (incluído também pela EC nº 87/15), trouxe uma regra de transição para que os estados de origem da mercadoria ou serviços de ICMS, **no caso dos presentes autos o estado de Minas Gerais**, se adequassem à nova incidência do ICMS interestadual em operações destinadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS, nos termos do inciso VII, do art. 155, § 2º da CF, conforme se observa pela transcrição do referido dispositivo:

“Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:

I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem;

II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem;

III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;

IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;

V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino.”

Saliente-se que a regra transitória relativa à partilha do imposto correspondente ao diferencial de alíquota, foi devidamente observada pela Fiscalização, no caso em exame, pois está se exigindo da Autuada, apenas os percentuais do imposto destinados ao estado de origem da mercadoria, em relação aos exercícios de 2016 e 2017 (planilha contida no Anexo VI da mídia eletrônica de fls. 100, “aba saídas – coluna DIFAL”).

Cabe dizer, ainda, que o estado de Minas Gerais implementou tais normas por meio da revogação do § 2º do art. 12 e do § 1º do art. 13 da Lei nº 6.763/75, efetuada pela Lei nº 21.781, de 1º/10/15, bem como da publicação do Decreto nº

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

46.930/15, que, além de outras alterações, incluiu os §§ 8º ao 14 no art. 43 do RICMS/02.

Destaca-se, por oportuno, que o Convênio ICMS nº 93/15 dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços **a consumidor final não contribuinte do ICMS**, localizado em outra unidade federada.

Ressalta-se que a cláusula segunda do convênio acima citado determina que o remetente do bem ou o prestador do serviço, nas operações ou prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, deverá utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino para calcular o ICMS total devido na operação ou prestação, aplicar a alíquota interestadual para calcular o imposto devido ao Estado de origem e recolher, para a unidade federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o ICMS total e o imposto devido à unidade de origem.

Já o § 1º da cláusula segunda do Convênio ICMS nº 93/15, alterado pelo Convênio ICMS nº 152/15, observando o ditame constante no § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, determina que a base de cálculo do diferencial de alíquota em relação às operações e prestações destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS corresponde ao valor da operação ou o preço do serviço, acrescido do montante do próprio imposto (ICMS), considerando a alíquota interna para a mercadoria, bem ou serviço na unidade federada de destino, seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, descontos concedidos sob condição, bem como frete, caso o transporte seja realizado pelo próprio remetente ou sob sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

O § 1º-A da cláusula segunda do mencionado Convênio ICMS nº 93/15 determina que o cálculo do ICMS devido às unidades federadas de destino e de origem das mercadorias, bens e serviços, em relação às operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, será realizado da seguinte forma:

$ICMS \text{ origem} = \text{Base de cálculo} \times \text{Alíquota interestadual}$

$ICMS \text{ destino} = (\text{Base de cálculo} \times \text{Alíquota interna}) - ICMS \text{ origem}.$

Devendo ser observada ainda a regra transitória relativa à partilha do imposto, citada anteriormente.

Registra-se que a Fiscalização observou todos os ditames legais para a apuração do imposto ora exigido.

As demais questões levantadas pela Impugnante, no que diz respeito à alíquota utilizada, já foram abordadas no item 1 acima, cabendo, aqui, as mesmas considerações.

Posto isso, considerando que a Impugnante deixou de reter e de recolher a parcela do imposto devida ao estado de Minas Gerais em relação às operações de remessas de mercadorias para destinatários consumidores finais não contribuintes do imposto, localizados em outra UF, na forma determinada pela legislação vigente no

período autuado, legítimas são as exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

O **item 03** do AI refere-se à acusação fiscal de falta de estorno de créditos de ICMS relacionados a operações de saídas de mercadorias destinadas à incineração (planilha Anexo VI constante da mídia eletrônica de fls. 100, “aba Incineração”), tendo em vista a falta de valores lançados no campo 95 da DAPI (código da ocorrência: 1004014), no período de março de 2015 a setembro de 2017.

Exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XIII, alínea “b”, ambos da Lei nº 6.763/75, esta limitada a duas vezes o valor do imposto incidente (inciso I do § 2º do art. 55, da citada lei).

Conforme estabelece o inciso V do art. 71 do RICMS/02, o contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser objeto de perecimento, deterioração, inutilização, extravio, furto, roubo ou perda, por qualquer motivo, da mesma mercadoria ou de outra dela resultante, dentro do mesmo período em que se verificar o fato, ou no prazo de 30 (trinta) dias, em se tratando de calamidade pública, contado de sua declaração oficial.

Assim, na situação em tela, ao enviar mercadorias para incineração, a Autuada deveria emitir nota fiscal com destaque do imposto e com a observação de que a emissão se deu para fins de estorno do valor do ICMS anteriormente creditado, mencionando o fato ocorrido (CFOP 5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque, decorrente de perda, roubo ou deterioração), com a escrituração do documento no livro Registro de Saídas, em consonância com o art. 73 do RICMS/02:

CAPÍTULO IV Do Estorno do Crédito

Art. 71. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

(...)

V - vierem a ser objeto de perecimento, deterioração, inutilização, extravio, furto, roubo ou perda, por qualquer motivo, da mesma mercadoria ou bem, ou de outra dela resultante, dentro do mesmo período em que se verificar o fato, ou no prazo de 30 (trinta) dias, em se tratando de calamidade pública, contado de sua declaração oficial;

(...)

Art. 73. Para efeitos de estorno, será emitida nota fiscal com destaque do imposto e com a observação de que a emissão se deu para fins de estorno do valor do imposto anteriormente creditado, mencionando o fato determinante do mesmo, devendo ser escriturada no livro Registro de Saídas.

(...)

Como se verifica dos autos, a Autuada não nega que deixou de estornar os créditos ora mencionados, estando corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS e multa de revalidação.

Com relação à multa isolada, exigida, originariamente, com fulcro no art. 55, inciso XIII, alínea b, da Lei nº 6.763/75, cumpre destacar que, após o Despacho Interlocutório baixado pela Câmara deste CCMG, a Fiscalização, acatando parcialmente as alegações da Defesa e também se fundamentando na análise efetuada no Parecer da Assessoria deste Conselho, de fls. 141/165, reformula novamente o crédito tributário (fls. 380/407), para, no tocante ao item 3 do AI, substituir a penalidade isolada acima citada, pela Multa prevista no inciso XXVI do citado artigo, por entender que aquela era inaplicável ao caso dos autos.

Sabe-se que a mercadoria deteriorada torna-se imprópria ao consumo, portanto, insuscetível de circulação econômica, estando, pois, fora do campo de incidência do ICMS.

Nesse sentido, não há que se falar que essas saídas estejam **amparadas por isenção ou não incidência**, uma vez que fora do campo de incidência.

Como é pacífico na doutrina e jurisprudência, as relações tributárias regem-se pelo princípio da estrita legalidade, especialmente em se tratando de normas cominativas de penalidade, hipótese em que a conduta passível de punição deve se enquadrar perfeitamente no “tipo penal”.

Logo, mesmo estando diante de hipótese de apropriação de crédito em desacordo com a legislação, a multa aplicável *in casu* não seria a exigida pelo Fisco.

Verifica-se que a penalidade prevista no inciso XXVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75 contém ressalva expressa para aplicação da referida penalidade em relação às “hipóteses previstas nos incisos anteriores”, de modo que, antes de aplicar tal penalidade, é mister se certificar de que a conduta punível não se enquadra também nos incisos anteriores do mesmo artigo:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado.

Não se enquadrando nos demais incisos, que apenas a conduta de apropriar/manter crédito do imposto em desacordo com a legislação, como no caso deste item do lançamento, a conduta autuada seria punível com a penalidade retromencionada.

Dessa forma, corretas as exigências.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O **item 04** do AI refere-se à acusação fiscal de falta de estorno de créditos de ICMS relativos a operações de saídas de mercadorias, enquadradas no item 130 do Anexo I do RICMS/02 (constantes da Parte 15 do Anexo I do RICMS/02), cujas saídas ocorreram sem destaque do ICMS operação própria em razão da isenção prevista no dispositivo citado, destinadas para órgãos da administração pública direta e indireta federal, estadual e municipal, e suas fundações, para as quais é previsto o referido estorno de créditos (Período autuado: setembro de 2015 a setembro de 2017).

Os documentos fiscais objeto deste item do lançamento encontram-se listados na planilha contida no Anexo VI da mídia eletrônica de fls. 100, “aba: Item 130”.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XIII, alínea “b”, ambos da Lei nº 6.763/75, esta limitada a duas vezes o valor do imposto incidente (inciso I do § 2º do art. 55, da citada lei).

Conforme se observa da planilha de apuração das exigências fiscais, as operações autuadas são destinadas ao estado de Minas Gerais e a outras UFs.

A previsão da isenção a que se refere à Fiscalização, encontra-se regulamentada no item 130 e seguintes do Anexo I do RICMS/02:

130	Operação com os fármacos e medicamentos relacionados na Parte 15 deste Anexo e classificados segundo a NBM/SH (com o sistema de classificação adotado a partir de 1º de janeiro de 1997), destinados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta federal, estadual ou municipal e a suas fundações.	30/09/2019
(...)		
130.1	A isenção prevista neste item fica condicionada a que: a) os fármacos e medicamentos estejam beneficiados com isenção ou alíquota zero do Imposto sobre a Importação (II) o do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); b) a parcela relativa à receita bruta decorrente das operações previstas neste item esteja desonerada das contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS); c)	
(...)		
130.2	A isenção prevista neste item não se aplica nas operações internas destinadas a órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas fundações e autarquias, hipótese em que será aplicada a isenção prevista no item 136 desta Parte.	
130.3	Fica dispensado o estorno do crédito na saída de mercadoria beneficiada com a isenção prevista neste item, na hipótese de saída realizada por estabelecimento industrial ou importador.	
130.4	O valor correspondente à isenção prevista neste item será deduzido do preço dos respectivos produtos, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, nas propostas do processo licitatório e nos documentos fiscais.	

Registra-se que, no entender da Fiscalização, a Autuada deveria ter efetuado o estorno dos créditos de ICMS relativos às entradas das mercadorias, objeto da saída isenta, uma vez que **não** se enquadra como estabelecimento industrial ou importador

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral – CNPJ, fls. 439), condição *sine qua non* para a manutenção dos referidos créditos na hipótese (subitem 130.3 retro):

Na primeira impugnação (fls. 58/59), em relação a este item do AI, foi apenas questionada a limitação da penalidade isolada exigida.

Verifica-se que da Tribuna, na Sessão de Julgamento ocorrida aos 09/10/19, trouxe a Defesa, a alegação de que parcela das saídas efetuadas em operações internas, ocorreram ao abrigo da isenção prevista no item 136 do Anexo I do RICMS/02, por meio de pregão realizado com o Estado de Minas Gerais, não obstante ter constado nas notas fiscais os Municípios.

Assim, quanto a esta alegação, a E. 2ª Câmara de Julgamento decidiu proferir o Despacho Interlocutório de fls. 167, com o seguinte teor:

(...)

2) TENDO EM VISTA O ALEGADO DA TRIBUNA, TRAGA AOS AUTOS DOCUMENTOS QUE COMPROVEM QUE AS OPERAÇÕES OBJETO DO ITEM 4 DO AI NÃO TERIAM SIDO REALIZADAS COM MUNICÍPIOS, DEMONSTRANDO SUA REPERCUSSÃO NO LANÇAMENTO.

(...)

Pois bem, em atendimento ao item acima destacado do despacho interlocutório, a Impugnante trouxe aos autos as seguintes alegações/documentos:

- segundo a Fiscalização, teria dado saída de medicamento, sem destaque de ICMS operação própria para órgãos da administração direta e indireta federal, estadual ou municipal e suas fundações, com produtos constantes da Parte 15 deste Anexo I do RICMS/02. E que, na visão do Fiscal, ao se utilizar essa isenção, deveria a empresa Impugnante estornar o crédito referente às entradas das respectivas mercadorias;

- a Fiscalização desconsiderou o fato que as Notas Fiscais autuadas, que possuem como destinatários os vários Municípios Mineiros, se deu no bojo de um Edital do Governo do Estado de Minas Gerais para a aquisição de compra estadual de medicamentos – componente básico da Assistência Farmacêutica;

- anexa aos autos cópia do Edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 51/2016 (fls. 241/331), destacando seu objeto (*compra estadual de medicamentos - componente básico da Assistência Farmacêutica*) e ressalta a cláusula 3.3.1, na qual consta a informação relativa aos órgãos participantes da compra estadual (*participam da compra estadual, independentemente de adesão formal, todas as administrações municipais participantes do Programa Estadual de Assistência Farmacêutica da Secretaria de Estado de Saúde - SES, nos termos do art. 2º, XIX, do Decreto nº 46.311/2013*). E que, neste certame, a Impugnante teve alguns preços vencedores;

- salienta que, antes da emissão de cada Nota Fiscal vinculada à referida licitação, era gerado um empenho diretamente no sistema da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (*Sistema Integrado de Gerenciamento da Assistência Farmacêutica*), como exemplifica às fls. 175 dos autos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- destaca que nunca participou de uma licitação municipal no âmbito deste Programa do Estado de Minas Gerais, sendo todo o trâmite desenvolvido e gerenciado pelo Governo do Estado de Minas Gerais, por meio do Sistema Integrado de Gerenciamento da Assistência Farmacêutica;

- ressalta que, após cada um dos empenhos gerados neste Sistema Estadual, gerava a correspondente Nota Fiscal, acrescentando nos “Dados adicionais - Complementares”, a informação do certame estadual, o que ocorreu em todas as notas fiscais endereçadas aos Municípios mineiros, objeto da autuação;

- menciona que a compra foi estadual, mas o documento fiscal emitido tinha como destinatário, um Município mineiro;

- assevera que o mesmo ocorreu quanto ao Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 337/2016 (cópia às fls. 332/377), que teve como objeto a compra estadual de insumos e também previu na cláusula 3.3.1 a informação relativa aos órgãos participantes da compra estadual (*participam da compra estadual, independentemente de adesão formal, todas as administrações municipais participantes do Programa Estadual de Assistência Farmacêutica da Secretaria de Estado de Saúde – SES, nos termos do art. 2º, XIX, do Decreto nº 46.311/2013*), sendo o *modus operandi*, igual ao já narrado;

- registra que a Fiscalização enquadrou a situação no item 130 do Anexo I do RICMS/02, o qual transcreve;

- diante da redação do item 130.2, deve-se separar, *in casu*, aquelas situações em que o medicamento teve como destino a Administração Pública de Minas Gerais e demais Administrações Públicas;

- assim, considerando que algumas saídas se deram em favor de Municípios mineiros, mas dentro de uma compra estadual, como demonstrado, deveria a Delegacia Fiscal observar o citado item 136, especialmente o item 136.4 que remete a dispensa do estorno dos créditos na saída de medicamento para uso humano:

136	Saída, em operação interna, de mercadoria ou bem destinados a órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas fundações e autarquias.	Indeterminada
136.1	A isenção também se aplica: a) à entrada decorrente de importação do exterior, ainda que realizada por terceiro com destinação prevista para as entidades indicadas neste item, desde que: a.1) a mercadoria ou o bem não tenham similar produzido no país; a.2) a inexistência de produto similar produzido no País seja comprovada mediante apresentação de atestado, emitido por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo da mercadoria ou do bem com abrangência em todo o território nacional;	

"

136.4	Fica dispensado o estorno do crédito na saída de mercadoria ou bem e na prestação de serviço beneficiados com a isenção prevista neste item, observado o disposto nos subitens 136.8, 136.9 e 136.10 desta Parte.	
-------	---	--

"

Efeitos de 05/06/2003 a 10/12/2003 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. nº 43.349, de 30/05/2003:

"

136.4	Fica dispensado o estorno de crédito na saída de mercadoria ou bem e na prestação de serviço beneficiados com a isenção prevista neste item.	
-------	--	--

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- conclui que o crédito tributário, apurado pela Fiscalização, com base no “estorno de crédito” apropriado nestas operações com Municípios mineiros, vinculados aos referidos certames estaduais, deve ser cancelado.

A Fiscalização então se manifesta:

- no tocante à alegação da Defesa de que as notas fiscais autuadas no item 04 do AI, correspondem à licitação efetuada com o Estado de Minas Gerais, sustentando que se baseia no fato das NF-e, cujas operações foram objeto da presente exigência, possuírem como destinatários, os diversos municípios mineiros e não órgão da administração pública estadual direta;

- no caso em questão, como as NF-es foram emitidas em nome das respectivas prefeituras, entende que o adquirente, de fato, dos medicamentos, sejam os respectivos municípios e não o Governo do Estado de Minas Gerais;

- salienta que o Governo do Estado de Minas Gerais promoveu o pregão eletrônico, disciplinando todo o processo do certame, mas os adquirentes, conforme demonstrado nos documentos fiscais, são as respectivas prefeituras e que não foram trazidos aos autos, qualquer comprovação de que os valores tenham sido pagos pelo Governo do Estado de Minas Gerais.

Pois bem, conforme se verifica da documentação colacionada aos autos pela Defesa, constata-se que o Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 51/2016 tem, como objeto, **“a compra estadual de medicamentos – componentes básicos da Assistência Farmacêutica”**.

Consta do Preâmbulo do referido documento, que o Estado de Minas Gerais, por intermédio dos Serviços Compartilhados – CSC da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – SEPLAG, torna pública a realização de licitação na modalidade pregão eletrônico do tipo menor preço, em sessão pública, através do site www.compras.mg.gov.br, para aquisição de Compra Estadual de Medicamentos – Componente Básico:

1 - PREÂMBULO O ESTADO DE MINAS GERAIS, por intermédio do CENTRO DE SERVIÇOS COMPARTILHADOS – CSC da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – SEPLAG torna pública a realização de licitação na modalidade pregão eletrônico do tipo menor preço, em sessão pública, através do site www.compras.mg.gov.br, para aquisição de Compra Estadual de Medicamentos – Componente Básico, nos termos da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002 e da Lei Estadual nº. 14.167, de 10 de janeiro de 2002 e do Decreto Estadual nº 44.786, de 19 de abril de 2008.

(...)

Consta como objeto da citada licitação:

2 - OBJETO 2.1. A presente licitação tem por objeto **Compra Estadual de Medicamentos – Componente Básico da Assistência Farmacêutica, conforme especificações constantes no Termo de Referência – Anexo I**, e de acordo com as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exigências e quantidades estabelecidas neste edital e seus anexos. 2.2. Em caso de divergência entre as especificações do objeto descritas no Portal de Compras e as especificações técnicas constantes no Termo de Referência - Anexo I, o licitante deverá obedecer a este último.

(...)

Como órgãos participantes do referido certame constam:

3 - DOS ÓRGÃOS PARTICIPANTES DA COMPRA ESTADUAL

3.1. Órgão Gerenciador

3.1.1. O órgão gerenciador será o Centro de Serviços Compartilhados da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais.

3.2. Órgãos Participantes

3.2.1. Os órgãos ou entidades da Administração Pública a seguir são participantes e integram todo o procedimento licitatório e a Ata de Registro de Preços:

3.2.1.1. Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia de Minas Gerais - HEMOMINAS;

3.2.1.2. Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - FHEMIG;

3.2.1.3. Instituto Estadual de Florestas - IEF;

3.2.1.4. Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG;

3.2.1.5. Polícia Militar de Minas Gerais - PMMG;

3.2.1.6. Secretaria de Estado de Defesa Social - SEDS;

3.2.1.7. Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais - SES/MG.

3.3. Órgãos Participantes da Compra Estadual GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS SECRETARIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO CENTRO DE SERVIÇOS COMPARTILHADOS - CSC

3.3.1. Participam da compra estadual, independentemente de apresentação de adesão formal, todas as Administrações Municipais participantes do Programa Estadual de Assistência Farmacêutica da Secretaria de Estado de Saúde - SES, nos termos do art. 2º, XIX, do Decreto Estadual nº 46.311/2013.

3.3.2. As administrações públicas participantes da compra estadual, executoras da compra, possuem as mesmas obrigações e prerrogativas do órgão participante titular do programa estadual em que se inserem, sendo parte ativa para exigir o cumprimento das obrigações assumidas pelo fornecedor.

3.3.3. Concorrem entre si o consumo das administrações participantes da compra estadual e o consumo do órgão participante que realizou adesão e é detentor do programa estadual em que tais administrações se inserem; a soma da quantidade que pode ser consumida por ambos se limita ao quantitativo distribuído pelo órgão gerenciador ao órgão participante titular do programa estadual.

(...)

Destaca-se, das transcrições acima, que o órgão gerenciador da compra é o Centro de Serviços Compartilhados da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais, mas que, dentre outros, participam da compra estadual, independentemente de apresentação de adesão formal, **todas as Administrações Municipais participantes do Programa Estadual de Assistência Farmacêutica da Secretaria de Estado de Saúde – SES, nos termos do art. 2º, XIX, do Decreto Estadual nº 46.311/13.**

Conveniente destacar que, segundo o disposto no Decreto Estadual nº 46.311/13 retro, são atribuições do participante:

Seção II

Das Atribuições do Participante

Art. 7º Caberá ao órgão participante do registro de preços:

I - fazer a análise de sua expectativa de consumo para os itens que pretenda incluir no registro de preços, no período previsto para vigência da ata;

II - manifestar, no prazo estipulado pelo órgão gerenciador, o interesse em participar do registro de preços, a ele providenciando o encaminhamento do termo de adesão, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 5º, contendo:

a) estimativa de consumo;

b) cronograma previsto para contratação; e
c) demais informações solicitadas;

III - sugerir itens a serem registrados e condições de contratação, quando for o caso;

IV - garantir que todos os atos inerentes ao procedimento para sua inclusão no registro de preços a ser realizado estejam devidamente formalizados e aprovados pela autoridade competente;

V - tomar conhecimento da ARP, inclusive das respectivas alterações porventura ocorridas, com o objetivo de assegurar o correto cumprimento de suas disposições; e

VI - indicar o gestor do contrato, a quem compete, além das atribuições previstas no art. 67 da Lei Federal nº 8.666, de 1993:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) promover consulta prévia junto ao órgão gerenciador, quando da necessidade de contratação, a fim de obter a indicação do fornecedor, os respectivos quantitativos e os valores a serem praticados;

b) zelar pelos atos relativos ao cumprimento das obrigações contratualmente assumidas, inclusive pela aplicação de eventuais penalidades aos fornecedores, decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, nos termos do art. 26; e

c) informar ao órgão gerenciador a eventual recusa do fornecedor em atender às condições estabelecidas no edital, firmadas na ARP, as divergências relativas à entrega, características e origem dos bens licitados, bem como a recusa em assinar o contrato para fornecimento ou prestação de serviços.

18 - DO PAGAMENTO 18.1. O pagamento será efetuado por meio de ordem bancária emitida por processamento eletrônico, a crédito do beneficiário em um dos bancos que o GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS SECRETARIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO CENTRO DE SERVIÇOS COMPARTILHADOS - CSC 27 fornecedor indicar, no prazo de 30 (trinta) dias corridos da data do recebimento definitivo, com base nos documentos fiscais devidamente conferidos e aprovados pelas Administrações CONTRATANTES. 18.1.1.As Administrações receberão o DANFE juntamente com o objeto e deverão realizar a verificação da validade da assinatura digital e a autenticidade do arquivo digital da NF-e (o destinatário tem à disposição o aplicativo "visualizador", desenvolvido pela Receita Federal do Brasil) e a concessão da Autorização de Uso da NF-e, mediante consulta eletrônica à Secretaria da Fazenda o Portal Nacional da NF-e. 18.1.2.O pagamento da Nota Fiscal fica vinculado à prévia conferência do objeto recebido e do documento fiscal apresentado pela CONTRATADA. 18.1.3.As Notas Fiscais que apresentarem incorreções serão devolvidas à CONTRATADA e o prazo para o pagamento passará a correr a partir da data em que o documento for reapresentado e considerado válido pela CONTRATANTE. 18.1.4.O pagamento será efetuado à empresa contratada por quem houver efetivamente emitido a autorização de fornecimento, sejam Contratantes participantes do Pregão ou seja ente/órgãos que aderirem à Ata de Registro de Preços, no prazo e condições estabelecidos nos Anexos deste Edital. 18.2. Eventual situação de irregularidade fiscal da contratada não impede o pagamento, se o fornecimento tiver sido prestado e atestado. Tal hipótese ensejará, entretanto, a adoção das providências tendentes ao sancionamento da empresa e perda da adjudicação do objeto. 18.3. A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONTRATADA deve garantir a manutenção dos requisitos de habilitação previstos no Edital. 18.4. Informações complementares e orientações operacionais a respeito do faturamento eletrônico serão fornecidas pela Central de Atendimento aos Fornecedores - LigMinas - telefone 155 (para Capital ou cidades do interior de Minas Gerais) ou (31) 3303-7995 (para outras localidades e celular).

Também consta do referido Edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 51/2016, fls. 243 verso e seguintes, as cláusulas referentes ao pagamento das compras:

18 - DO PAGAMENTO

18.1. O pagamento será efetuado por meio de ordem bancária emitida por processamento eletrônico, a crédito do beneficiário em um dos bancos que o fornecedor indicar, no prazo de 30 (trinta) dias corridos da data do recebimento definitivo, com base nos documentos fiscais devidamente conferidos e aprovados pelas Administrações CONTRATANTES.

18.1.1. As Administrações receberão o DANFE juntamente com o objeto e deverão realizar a verificação da validade da assinatura digital e a autenticidade do arquivo digital da NF-e (o destinatário tem à disposição o aplicativo "visualizador", desenvolvido pela Receita Federal do Brasil) e a concessão da Autorização de Uso da NF-e, mediante consulta eletrônica à Secretaria da Fazenda o Portal Nacional da NF-e.

18.1.2. O pagamento da Nota Fiscal fica vinculado à prévia conferência do objeto recebido e do documento fiscal apresentado pela CONTRATADA.

18.1.3. As Notas Fiscais que apresentarem incorreções serão devolvidas à CONTRATADA e o prazo para o pagamento passará a correr a partir da data em que o documento for reapresentado e considerado válido pela CONTRATANTE.

18.1.4. O pagamento será efetuado à empresa contratada por quem houver efetivamente emitido a autorização de fornecimento, sejam Contratantes participantes do Pregão ou seja ente/órgãos que aderirem à Ata de Registro de Preços, no prazo e condições estabelecidos nos Anexos deste Edital.

18.2. Eventual situação de irregularidade fiscal da contratada não impede o pagamento, se o fornecimento tiver sido prestado e atestado. Tal hipótese ensejará, entretanto, a adoção das providências tendentes ao sancionamento da empresa e perda da adjudicação do objeto.

18.3. A CONTRATADA deve garantir a manutenção dos requisitos de habilitação previstos no Edital.

18.4. Informações complementares e orientações operacionais a respeito do faturamento eletrônico serão fornecidas pela Central de Atendimento aos Fornecedores - LigMinas - telefone 155 (para Capital ou cidades do interior de Minas Gerais) ou (31) 3303-7995 (para outras localidades e celular).

(...)

Como se verifica, não obstante o certame ser gerenciado pelo Centro de Serviços Compartilhados da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais, há outros participantes das compras, ou seja, **todas as Administrações Municipais** participantes do Programa Estadual de Assistência Farmacêutica da Secretaria de Estado de Saúde – SES, tendo obrigações inerentes a adquirentes das mercadorias, bem como efetuam o pagamento à empresa contratada, após conferência das mercadorias recebidas dentre outras conferências, aquele que efetivamente emite a autorização de fornecimento, podendo ser ente/órgãos que aderirem à Ata de Registro de Preços, no prazo e condições estabelecidos nos Anexos deste Edital.

Nesse contexto, observa-se que parcela das notas fiscais, objeto da autuação, foram emitidas para as **Administrações Municipais, executoras das compras objeto do certame**, não prosperando o argumento da Defesa de que as vendas foram efetuadas para o ente estadual, para fins de aplicação da isenção prevista no item 136 do Anexo I do RICMS/02.

Nesse diapasão, entende-se aplicável ao caso, a isenção prevista no item 130 do Anexo I do RICMS/02, estando correto o estorno dos créditos de ICMS relativos às entradas das mercadorias, objeto da saída isenta, **uma vez que a Autuada não se enquadra como estabelecimento industrial ou importador**, condição *sine qua non* para a manutenção dos referidos créditos na hipótese, nos termos do subitem 130.3 do referido anexo.

As mesmas considerações são aplicáveis quanto ao Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 337/2016 e às alegações defensórias de mesmo conteúdo em relação ao item 01 do AI.

A infração encontra-se caracterizada nos termos do disposto no art. 71, inciso I, do RICMS/02, uma vez que não se enquadra a Autuada na hipótese de manutenção dos créditos:

Art. 71. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

I - vierem a ser objeto de operação subsequente não tributada ou isenta, observado o disposto no § 3º deste artigo e no artigo 74 deste Regulamento;

A Impugnante alegou que a Fiscalização exigiu a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b”, da Lei nº 6.763/75, no percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da operação, por falta de estorno de crédito em função de saídas

ocorridas ao abrigo da isenção, sendo utilizado o limitador da multa isolada previsto no § 2º, inciso I, do referido artigo (*limite máximo de duas vezes o valor do imposto*), quando deveria ter utilizado o limitador previsto inciso II, do citado parágrafo (limite máximo de 10% (dez por cento) do valor da operação).

Sobre este questionamento, a Fiscalização, na primeira manifestação fiscal, deixou consignado:

Quanto à alegação sobre a impropriedade da multa sobre a falta de estorno de créditos relativos às operações enquadradas no item 130, Parte 1, do Anexo I ao RICMS, observa-se que a impugnante sequer questiona o ICMS indevidamente apropriado, objeto do estorno efetuado pelo Fisco. Quanto à multa isolada, pugna que a mesma tenha limitador enquadrado no inciso II do §2º do art. 55 da Lei 6.763/1975, já que, no Auto de Infração em questão, utilizou-se o limitador do Inciso I do mesmo dispositivo legal, que abaixo reproduzimos.

"Parágrafo 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

II - **em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto**, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou prestação."

Sobre a questão, é de se ressaltar que a multa cobrada, prevista na alínea "b", inciso XIII do art. 55, Lei 6.763/75, abaixo reproduzido, tem como limitador o próprio valor do crédito estornado, sendo a isenção apenas a causa que dá origem ao estorno. Assim, não há que se falar na utilização do limitador previsto no inciso II supratranscrito, pois a operações sobre a qual se estorna o crédito é normalmente tributada.

"Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são os seguintes:

...

XIII - por utilizar indevidamente crédito fiscal relativo a :

...

b) operação ou prestação subsequente, com a mesma mercadoria ou com outra dela resultante, beneficiada com isenção ou não-incidência - 50% (cinquenta por cento) do valor da prestação ou da operação;"

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também traz seus argumentos contrários à adequação do limitador da penalidade isolada proposta pela Assessoria, no Parecer de fls. 141/165, em relação a este item do AI (item 4), na segunda manifestação fiscal de fls. 420/421.

Assim, importante ressaltar que, conforme previsto no art. 66 do RICMS/02, os créditos de ICMS decorrem, dentre outras hipóteses previstas em Regulamento, de operações de entradas e não de operações de saídas, salvo as hipóteses de crédito presumido previstas no art. 75 do referido Regulamento ou em regime especial de tributação.

Com efeito, embora seja considerada a operação de saída beneficiada com isenção ou não-incidência, para verificar se houve utilização indevida de crédito fiscal relacionado a tal operação, será sobre as operações de entradas que o montante referente a esta infração deverá ser apurado.

Uma interpretação sistemática da legislação mineira, levando em consideração, especialmente, o disposto na alínea “b” do inciso XIII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 e no inciso I do art. 71 do RICMS/02, leva à conclusão de que a penalidade em epígrafe, guarda relação direta com operações de entrada e não de saída, eis que dirigida ao contribuinte que deixa de estornar crédito de ICMS indevidos.

Nesse sentido é que o percentual de 50% (cinquenta por cento) referente à multa prevista na alínea “b” do inciso XIII do art. 55 da Lei 6.763/75, é aplicado considerando as operações de entrada do contribuinte infrator, caso este tenha deixado de efetuar o estorno de crédito de ICMS, contrariando o disposto no art. 71 e seguintes do Regulamento do imposto.

Nesse diapasão, aplicável à hipótese, o limitador máximo para a penalidade previsto no §2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75, o que já foi observado pelo Fisco:

Art. 55 (...)

§2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto, serão de 10% (dez por cento) do valor da operação ou prestação.

Portanto, corretas as exigências fiscais.

Note-se que a Assessoria retificou o parecer anterior, no que diz respeito à referida questão, concernente à aplicação do limitador da multa isolada (fls. 449).

Itens 05 e 06 do AI:

O item 05 do AI refere-se à acusação fiscal de destaque a menor de ICMS operação própria nos documentos fiscais referentes às saídas de mercadorias em operações internas, destinadas a comercialização, tendo em vista a utilização de alíquota incorreta, conforme planilha constante do Anexo VI “AI Multifarma

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS/ST” – mídia eletrônica de fls. 100 (código de ocorrência: 1023004, no período de novembro de 2013 a dezembro de 2016).

Exige-se a diferença de ICMS e multa de revalidação.

E, em relação às notas fiscais listadas no citado Anexo VI “AI Multifarma ICMS/ST”, também acusa a Fiscalização de falta de destaque do ICMS, devido por substituição tributária, em documentos fiscais de saídas de mercadorias em operações internas, destinadas à comercialização.

Exige-se o ICMS/ST (apurado mediante a utilização do PMC divulgado e, na ausência deste, com a adoção da MVA correspondente, com base no art. 59, inciso II, alínea “a” e alínea “c”, item 5 do Anexo XV do RICMS/02), Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c o §2º, inciso I e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75, esta limitada a duas vezes o valor do imposto incidente (inciso I do §2º do art. 55, da citada lei) – código da ocorrência: 1069002 (período autuado: novembro de 2013 a dezembro de 2016).

Referidas mercadorias deram entrada no estabelecimento acobertadas por notas fiscais sem o destaque e a retenção do ICMS/ST, tendo em vista a condição de distribuidor hospitalar da Autuada, conforme dispõe os arts. 59-A e 59-B da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

Art. 59-A. A substituição tributária não se aplica à operação que destinar a distribuidor hospitalar mercadoria submetida ao regime de substituição tributária de que trata o capítulo 13 da Parte 2 deste Anexo.

Art. 59-B. O distribuidor hospitalar situado neste Estado é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes com as mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária de que trata o capítulo 13 da Parte 2 deste Anexo.

Efeitos de 1º/06/2008 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 2º, I, e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.823, de 30/05/2008:

“Art. 59-A. A substituição tributária não se aplica à operação que destinar a distribuidor hospitalar mercadoria de que trata o item 15 da Parte 2 deste Anexo.

Art. 59-B. O distribuidor hospitalar situado neste Estado é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes com as mercadorias de que trata o item 15 da Parte 2 deste Anexo.”

Sustenta a Impugnante que a Fiscalização exigiu o ICMS/ST não destacado nas notas fiscais de saídas de mercadorias, em operações internas, destinadas à comercialização, sendo que a apuração do imposto pelo distribuidor hospitalar dá-se conforme o art. 59, inciso II, alínea “b”, do Anexo XV do RICMS/02 (PMC publicado)

e, somente na ausência deste, é que se utiliza a MVA, conforme art. 59, inciso II, alínea “c”, subalínea “5” do citado anexo.

Neste sentido, elencou, às fls. 61 dos autos, situações em que o Fisco teria se equivocado ao utilizar critérios distintos (PMC ou MVA) para a mesma situação. Ademais, arguiu que deveria ser utilizada em todas as situações a MVA, por entender que o PMC não representaria a realidade do mercado, por tratar-se de preço máximo sem qualquer conexão com o contexto econômico, enquanto a MVA aproxima-se da realidade.

Conforme esclarecido pela Fiscalização, no tocante à utilização do PMC pelo distribuidor hospitalar, de acordo com o estabelecido pelo art. 59, inciso II, alínea “b” do Anexo XV do RICMS/02 e, na ausência deste, a MVA, nos termos do previsto no art. 59, inciso II, alínea “c”, subalínea “5”, em atendimento parcial das alegações da Defesa, procedeu à alteração do crédito tributário, conforme Termo de Rerratificação de fls. 97/99, na 1ª reformulação do crédito tributário.

Contudo, nos 1º (fls. 123/130), 2º (fls. 174/378) e 3º (fls. 409/417) aditamentos à impugnação, o Sujeito Passivo mantém a mesma reclamação.

Pois bem, ao se compulsar o “Anexo VI – AI Multifarma ICMS ST”, constante da mídia eletrônica de fls. 100 (*Obs.: a Fiscalização cita na manifestação fiscal a mídia de fls. 389, mas a referida planilha consta da mídia de fls. 378 – 1ª reformulação do crédito tributário*), verifica-se que assiste razão à Fiscalização, conforme será a seguir relatado.

Consta do Termo de Reformulação do Crédito Tributário de fls. 97/99, especificamente às fls. 98, que em relação aos produtos apontados pela Defesa às fls. 176 verso e 414, com uso incorreto da base de cálculo do ICMS/ST, a Fiscalização procedeu a devida retificação.

Deixou consignado a Fiscalização, naquela ocasião, que o produto “PENKARON PO INJ. IV (BENZILPENCILINA BENZATINA PROCINA) 400.000UI CX C/100 FRS” possui PMC divulgado, assim a apuração do imposto com a utilização da MVA estava incorreta em relação às notas fiscais nºs 33.279, de 12/11/15, 34.727, de 07/12/15, sendo feita a correção com alteração do crédito tributário.

Com relação ao produto “INSUNORM NPH (INSULINA HUMANA) 100 UI 1 FRS/10 ML, salientou também que este produto também possui PMC divulgado, dessa forma, a apuração do imposto em relação à nota fiscal nº 23.339, com a utilização da MVA, estava incorreta, sendo corrigida, adotando-se o PMC.

Assim, no caso do produto “PENKARON PO INJ. IV (BENZILPENCILINA BENZATINA PROCINA) 400.000 UI CX C/100 FRS” para todas as NF-es utiliza-se o PMC como base de cálculo do ICMS/ST, como se pode observar na planilha denominada “Anexo VI – AI Multifarma ICMS ST” constante da mídia eletrônica (fls. 100) e excertos da planilha de apuração (obs.: foram usados filtros para que todos as notas fiscais dos itens questionados constassem) conforme Parecer da Assessoria do CCMG (fls. 451).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação ao produto denominado “INSUNORM NPH (INSULINA HUMANA) 100 UI 1 FRS/10 ML”, para todas as NF-es utilizou-se o PMC como base de cálculo do ICMS/ST, como se pode observar na planilha denominada “Anexo VI – AI Multifarma ICMS ST” constante da mídia eletrônica (fls. 100), pois este produto possui PMC e excertos da planilha de apuração (obs.: foram usados filtros para que todos as notas fiscais dos itens questionados constassem) conforme Parecer da Assessoria do CCMG (fls. 452).

No tocante ao produto denominado “INSUNORM **REGULAR** 100 UI (INSULINA HUMANA) FRASCO - ASPEN PHARMA INDUSTRIA FARMACEUTICA LTDA”, constata-se, para todas as NF-es, a utilização da MVA como base de cálculo do ICMS/ST, como se pode observar na planilha retro, pois este produto não possui PMC divulgados e excertos da planilha de apuração (obs.: foram usados filtros para que todos as notas fiscais dos itens questionados constassem) conforme Parecer da Assessoria do CCMG (fls. 452).

Portanto, não assiste razão à Impugnante.

No tocante às demais alegações da Defesa, importante destacar que a legislação determina que a base de cálculo do ICMS/ST é, nas operações promovidas por contribuinte não fabricante, na seguinte ordem: o preço sugerido por órgão público competente (no caso, não fixado); Preço Máximo ao Consumidor (PMC) que, no caso, é o preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do segmento econômico e a MVA. Observe-se:

Art. 59. Relativamente às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária de que trata o capítulo 13 da Parte 2 deste Anexo, a base de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária é:

Efeitos de 12/08/2011 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, III, ambos do Dec. nº 45.688, de 11/08/2011:

“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:

a) o preço estabelecido a consumidor final, único ou máximo, fixado por órgão público competente, ressalvadas as hipóteses previstas na alínea “c”;

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

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

5. quando a mercadoria não tiver seu preço máximo de venda a consumidor fixado por órgão público competente nem divulgado por entidade representativa do segmento econômico.

Vale mencionar que o PMC é elaborado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), uma entidade representativa do segmento farmacêutico em âmbito nacional. Mensalmente, a referida entidade edita uma tabela com os valores de PMC para cada medicamento comercializado no varejo, a qual é divulgada em uma revista chamada “ABC Farma”.

Ressalte-se que a SEF/MG já se manifestou sobre a questão, em consultas respondidas pelo órgão competente. Dentre as várias respostas sobre a matéria, destaca-se a seguinte, que se amolda ao tema em exame:

Consulta de Contribuinte nº 095/2009

PTA Nº : 16.000205839-62

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BASE DE CÁLCULO – MEDICAMENTOS – Na remessa de medicamentos promovida por estabelecimento atacadista destinada a contribuinte situado em território mineiro, para determinação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, deverá ser observado o disposto no inciso II, art. 59, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, tomando-se por referência o preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do segmento econômico.

Cabe, ainda, destacar o julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Recurso Especial Nº 1.192.409 - SE (2010/0082311-8), no qual restou consignado a legitimidade da utilização dos preços indicados na revista ABC Farma, na composição da base de cálculo do ICMS/ST referentes a medicamentos. Confira-se:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ELEIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - PAPEL RESERVADO À LEI LOCAL - BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA - UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

COMPETE À LEGISLAÇÃO LOCAL A INDICAÇÃO DO TERCEIRO PARTÍCIPE DA CADEIA DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRODUTOS COMO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, NOS TERMOS DO ART. 128 DO CTN E DO ART. 6º DA LC 87/96.

DISTINGUE-SE A PAUTA FISCAL DA FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO (PREÇO DA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO) POR OPERAÇÃO PRESUMIDA. AQUELA, REPUDIADA PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, IMPÕE ARBITRARIAMENTE O VALOR DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO EM CARÁTER GERAL;

ESTA, UTILIZADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA, PRESSUPÕE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LEGITIMANTE, CONTROLE DO CONTRIBUINTE E ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS INSTITUÍDOS NA LC 87/96, ART. 8º, II, CE §§ 2 E 3º.

ESTA CORTE ADMITE A UTILIZAÇÃO DOS PREÇOS INDICADOS NA REVISTA ABC FARMA NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA DO ICMS NA CIRCULAÇÃO DE MEDICAMENTOS EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA.

RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (GRIFOU-SE)

Por fim, quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, especialmente no tocante às multas cominadas, que foram corretamente exigidas, com as alterações efetuadas, conforme determina a Lei nº 6.763/75 e quanto à validade das normas que sustentam o lançamento, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força da limitação de sua competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146; (...)

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, de acordo com a reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 380/396, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG de fls. 426/452, com as complementações contidas no parecer da Assessoria do CCMG de fls. 141/165. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Gustavo César Souza Nascimento e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Wendell de Moura Tonidandel. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Gislana da Silva Carlos e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 03 de dezembro de 2020.

Cindy Andrade Morais
Relatora

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Revisor

P