

Acórdão: 15.012/02/2.^a .
Impugnação: 40.010102315-01
Agravo Retido: 40.030106808-80
Impugnante/A: Distribuidora Brasil Ltda.
Proc. S. Passivo: José Moisés
PTA/AI: 01.000136872-88
Inscrição Estadual: 016.193607.0012
Origem: AF/Alfenas
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. Requerimento de prova pericial, corretamente indeferida pela Auditoria fiscal, nos termos do art. 116, I, da CLTA/MG.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Aquisições interestaduais de medicamentos, sem a retenção do ICMS relativo à substituição tributária. Responsabilidade do adquirente prevista no art. 237, §§ 1.º e 2.º, do Anexo IX, ao RICMS/96. Infração caracterizada. Crédito tributário reformulado pelo Fisco, face aos argumentos contidos na peça impugnatória. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS – MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA. Constatação, mediante confronto entre as saídas declaradas pelo contribuinte e o preço máximo de venda de medicamentos previsto no art. 37, da Portaria 37/92, do Ministério da Economia, Fazenda e planejamento, de entradas de medicamentos desacobertas de documentação fiscal e sem o recolhimento do ICMS/ST. Infração caracterizada. Exclusão da base de cálculo da multa isolada aplicada, capitulada no art. 55, XXII, da Lei 6763/75, a margem de lucro agregada. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Motivos da autuação:

- 1) Falta de recolhimento do ICMS/ST em aquisições de medicamentos adquiridos de fornecedores do Estado de São Paulo, sem a retenção do imposto;
- 2) Entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 1997, 1998 e 1999, resultando em falta de recolhimento do ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação ao Auto de Infração (fls. 819 a 824).

O Fisco, em manifestação de fls. 861/862, tece considerações a respeito das alegações da defesa, acatando alguns de seus argumentos, o que resulta na reformulação do crédito tributário, anexando Termo de Re-Ratificação de fls. 863/864 e demonstrativos de fls. 864 a 878.

Da Instrução Processual:

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 902/903, que resultou em nova reformulação do crédito tributário, conforme se verifica no relatório elaborado pelo Fisco à fl. 908 dos autos, tendo a Autuada sido devidamente cientificada.

A Auditoria devolve o processo ao Fisco, em Diligência, por mais duas vezes, para que fosse providenciada a manifestação fiscal, consoante o disposto no artigo 100, da CLTA/MG, e outras providências (fls. 922/930).

O Requerimento de perícia é indeferido pela Auditoria, que se fundamenta no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG (fl. 925).

Do Recurso de Agravo:

Inconformada com o indeferimento do pedido da prova pericial, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 375/387).

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando o Recurso de Agravo retido nos autos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 932/941, opina pela procedência parcial do Lançamento, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

DECISÃO

Preliminares

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos:

Verifica-se que os quesitos formulados pela Impugnante no requerimento da prova pericial prescindem de conhecimento técnico específico.

Ademais, os elementos constantes dos autos são suficientes para esclarecer a matéria em discussão e formar o convencimento da Câmara, mesmo porque as questões suscitadas pela Impugnante não requerem propriamente a produção de perícia, porquanto dizem respeito ao mérito da acusação fiscal.

Acrescente-se, ainda, que alguns questionamentos referem-se a erros de fatos a respeito de circunstâncias materiais, sanados pelo Fisco, e outros encontram respostas na própria legislação do ICMS.

O indeferimento do pedido de perícia tem como fundamento legal o disposto no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

Quanto à Nulidade do Auto de Infração:

Argüi a Impugnante a nulidade do Auto de Infração, por entender que o Lançamento contém vários equívocos insanáveis.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na verdade, alguns desses equívocos, sanados pelo Fisco às fls. 863 a 886 e 909 a 918 dos autos, referem-se a “erro de fato accidental”, que nos dizeres de Plácido e Silva, é:

“..a falsa idéia sobre as qualidades secundárias da coisa, não se mostrando, assim, motivo determinante do contrato ou do ato. Não exerce, por isso, decisiva influência sobre a formação do contrato ou do ato jurídico, não ferindo, pois, a natureza do mesmo ou a causa que constitui seu principal objeto.”
(G.N.)

Torna-se relevante assinalar que os erros sanados não resultaram em obstáculo para se determinar com segurança a natureza das infrações constantes do Auto de Infração em exame, estando, portanto, em conformidade com o disposto no artigo 60 da CLTA/MG.

Verifica-se, assim, que o Auto de Infração, acompanhado de seus Anexos, é claro e preciso no enquadramento legal e no relatório das infrações apuradas, estando, assim, revestido de todos os elementos essenciais arrolados no artigo 58, além de ter observado todos os requisitos estabelecidos no artigo 59, ambos da CLTA/MG.

Desse modo, não há qualquer obscuridade ou omissão capaz de cercear o direito de defesa da Impugnante, nem quaisquer vícios que possam invalidar a presente peça fiscal.

Mérito:

Conforme acima relatado, a presente autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS/ST em aquisições de medicamentos adquiridos de fornecedores do Estado de São Paulo, sem a retenção do imposto e a constatação, mediante conclusão fiscal, de entradas de medicamentos desacobertas de documentação fiscal, resultando em falta de recolhimento do ICMS/ST.

Para melhor clareza, a presente decisão será abordada por tópicos, seguindo a ordem das irregularidades narradas no Auto de Infração.

1) Falta de recolhimento do ICMS/ST em aquisições de medicamentos adquiridos de fornecedores do Estado de São Paulo, sem a retenção do imposto

Através das tabelas de fls. 19/56, o Fisco relaciona as notas fiscais e seus respectivos emitentes, o Estado de origem dos medicamentos adquiridos, no período de 01/01/98 a 31/07/00, demonstrando o valor do ICMS devido relativamente a cada operação. Além disto, foram carreadas aos autos cópias das folhas do Livro Registro de Entrada onde foram escrituradas as aludidas notas fiscais.

Reconhecendo parcialmente os erros apontados pela Impugnante em sua peça defensiva, o Fisco promoveu a primeira retificação do crédito tributário às fls. 863/878, explicadas no relatório de fls. 861/862.

Posteriormente, em função da Diligência determinada pela Auditoria Fiscal (fls. 902/903), o Fisco promoveu nova retificação, conforme demonstração contida às fls. 908/916.

Importante ressaltar que, relativamente à irregularidade ora em análise, o Fisco está a exigir o ICMS apurado, com as retificações acima relatadas, acrescido da multa de revalidação prevista no art. 56, § 2.º, da Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para apuração do ICMS, o Fisco utilizou-se da norma contida no art. 239, § 1.º, do Anexo IX, ao RICMS/96:

“Art. 239 - A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o valor correspondente ao preço constante de tabela sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor, ou, na falta desta, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

§ 1º - Na falta dos valores de que trata o caput, a base de cálculo será obtida tomando-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, acrescido do valor do IPI, do frete e/ou frete até o estabelecimento varejista e das demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre referido montante, do percentual de:

1) 42,85% (quarenta e dois inteiros e oitenta e cinco centésimos por cento), nas operações internas;

2) 53,30% (cinquenta e três inteiros e trinta centésimos por cento), nas operações interestaduais para contribuintes deste Estado.

§ 2º - O valor inicial para o cálculo mencionado no parágrafo anterior será o preço praticado pelo distribuidor ou atacadista, quando o estabelecimento industrial não realizar operações diretamente com o comércio varejista.

§ 3º - A base de cálculo de que trata este artigo será reduzida de 10% (dez por cento), dispensado o estorno proporcional do crédito.”

As exigências fiscais encontram respaldo no item 4, do § 1.º, do artigo 237, do Anexo IX, ao RICMS/96, e no item II, “c”, do artigo 85, parte geral, do mesmo Diploma Legal.

“Art.237.....

§ 1º - A responsabilidade instituída neste artigo aplica-se:

(...)

4) ao contribuinte mineiro que adquirir mercadoria, de outra unidade da Federação, sem a retenção do imposto, para fins de comercialização, uso ou consumo do adquirente, hipótese em que o imposto deverá ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante GNRE.”

(...)

§ 2º - Na hipótese do item 4 do parágrafo anterior, quando a entrada no território mineiro ocorrer em dia ou horário que não houver expediente bancário e o imposto não houver sido recolhido antecipadamente, o recolhimento deverá ser efetuado no primeiro dia útil subsequente ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da entrada da mercadoria no estabelecimento do destinatário, se não existir posto de fiscalização de fronteira por onde transitar a mercadoria.”

.....
“**Art. 85** - O recolhimento do imposto será efetuado:

(...)

II - relativamente ao imposto devido por substituição tributária:

(...)

c - no momento da entrada da mercadoria no território mineiro, nas hipóteses previstas no item 4 do § 1º do art. 237, no § 1º do artigo 278 e no artigo 374, todos do Anexo IX deste Regulamento;” (G.N.)

Efeitos de 24/07/98 a 13/09/99 - Redação dada pelo art. 1º do Dec. N.º 39.767, de 23/07/98 - MG de 24 e ret. no de 29/08.

“c - no momento da entrada da mercadoria no território mineiro, nas hipóteses previstas no § 7º do artigo 192, no item 4 do § 1º do artigo 237 e no § 1º do artigo 278 do Anexo IX;”

Efeitos de 15/06 a 23/07/98 - Revigorada com a redação dada pelo art. 3º do Dec. nº 39.547, de 08/04/98 - MG de 09 e ret. no de 21 e alterado pelos Dec.(s) n.º(s) 39.555, de 17/04/98 - MG de 18, e 39.625, de 02/06/98 - MG de 03:

“c - no momento da entrada da mercadoria no território mineiro, na hipótese prevista no item 4 do § 1º do artigo 237 do Anexo IX;”

Como se vê, a legislação tributária pertinente à matéria em discussão, transfere ao adquirente de medicamentos a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST quando da entrada da mercadoria em seu estabelecimento, na hipótese dos remetentes não cumprirem tal obrigação.

A Impugnante, em sua defesa, se restringiu a demonstrar alguns equívocos cometidos pelo Fisco, os quais foram devidamente retificados, não trazendo qualquer outro elemento que pudesse ilidir a legitimidade das exigências fiscais.

A respeito do valor recolhido pela Autuada, mediante DAE de fl. 845, no valor de R\$ 1.312,13, cumpre esclarecer que ele foi considerado no levantamento efetuado pelo Fisco, conforme se observa em planilha anexa à fl. 46.

Portanto, restando caracterizada a infringência, as exigências fiscais relativas a este tópico demonstram-se corretas, estando em perfeita consonância com a legislação vigente.

2) Entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 1997, 1998 e 1999, resultando em falta de recolhimento do ICMS/ST.

Mediante Conclusão Fiscal realizada nos exercícios fechados de 1997, 1998 e 1999, foi constatado que a Autuada deu entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (medicamentos alopáticos), desacobertas de documentação fiscal, incorrendo, portanto, o recolhimento do ICMS/ST em tais aquisições.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para esta irregularidade, o Fisco está a exigir o ICMS devido, acrescido da multa de revalidação prevista no art. 56, II, da Lei 6763/75 (50 %), além da multa isolada do art. 55, XXII, da mesma Lei.

Inicialmente, faz-se mister destacar que os medicamentos estão sujeitos a controle de preços, com o objetivo de torná-los uniformes em todo o território nacional.

Referido tabelamento encontra-se disciplinado no § 1.º, do artigo 2.º, da Portaria 37/92, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, publicada no DOU de 12/05/92, *in verbis*:

"O preço máximo ao consumidor para os produtos a que se refere o caput deste artigo será calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço do fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e será único em todo o território nacional." (G.N.)

Perceba-se que, considerando o preço hipotético do fabricante como sendo R\$ 100,00, o preço máximo a consumidor, em todo o Brasil deve ser R\$ 100,00 / 0,7, o que equivale a um preço máximo de R\$ 142,85, ou seja, uma margem de lucro de 42,85 %.

Pois bem. Partindo deste pressuposto, o Fisco apurou os valores das entradas de medicamentos, nos exercícios de 1997 a 1999 (fls. 09/11), valores estes retirados dos livros e documentos fiscais da Impugnante.

Ato contínuo, o Fisco efetuou o levantamento das saídas de medicamentos nos mesmos exercícios, conforme fls. 12/14.

De posse desses dados, foi elaborada a conclusão fiscal de fls. 15/17, onde o Fisco, com base nos valores das entradas e dos estoques inicial e final dos medicamentos, apurou o Custo das Mercadorias Vendidas – CMV (EI + Compras – Estoque Final).

Ao CMV foi agregado a margem máxima de lucro permitida (42,85 %), obtendo-se a receita máxima possível com a venda dos medicamentos adquiridos. Esta receita foi comparada com as saídas registradas pela Impugnante (fl. 15/17), constatando-se que as vendas realizadas pela Autuada em muito superavam a receita máxima possível.

Esta diferença positiva (saídas superiores à receita máxima), foi considerada como entrada de medicamentos desacobertos de documentação fiscal. Os dados estão consolidados na planilha de fl. 18.

E não poderia ser de outra forma. Apenas a título de exemplo, pode-se tomar o exercício de 1999. Neste exercício o estoque inicial era de R\$ 93.748,38 e as compras atingiram o montante de R\$ 368.805,73. Portanto, as mercadorias disponíveis para revenda, naquele exercício estavam orçadas em R\$ 462.554,11 (EI + Compras), enquanto as vendas foram de R\$ 3.480.572,34, o que corresponderia a uma margem de lucro de 752,47 %, agregado totalmente incondizente com a realidade de seu setor de atividades.

No mesmo exercício, sendo apurado o CMV e a ele acrescentando-se a margem de lucro de 42,85 %, conforme disciplina contida na Portaria acima mencionada, ainda assim as vendas superaram o custo em 2.915.184,85 (fl. 17).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não há outra conclusão a se fazer, senão a de ocorrência de entradas de medicamentos sem documentação fiscal correspondente.

Relevante ressaltar que os valores correspondentes às entradas, ao serem lançados na Conclusão Fiscal efetuada pelo Fisco, pelo preço máximo ao consumidor, permitido pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, mediante aplicação da norma estatuída na Portaria nº 37/92, beneficia à Autuada, vez que na hipótese da mesma ter realizado as operações com valores inferiores, a diferença relativa às entradas desacobertadas de documentação fiscal seria maior e, via de consequência, o crédito tributário exigido também seria maior.

Além disso, vale lembrar que a Impugnante não trouxe aos autos provas inequívocas que pudessem comprovar os valores efetivamente praticados por ela.

Conclui-se, pois, que a exigência do ICMS/ST está em consonância com a legislação tributária pertinente, tendo restado configurada nos autos a irregularidade constatada pelo Fisco.

No entanto, a multa isolada aplicada, capitulada no art. 55, XXII, da Lei 6763/75, está a merecer retificação.

Perceba-se que, pelo já relatado, a base de cálculo para apuração da referida multa isolada aplicada, foi a diferença positiva entre as vendas declaradas pela Impugnante e o custo da mercadoria, já acrescido da margem de 42,85 %.

Portanto, as diferenças apontadas à fl. 18 (compra para comercialização sem documentação fiscal) refere-se a preços de venda, e não de aquisição. Como a multa isolada deve ser aplicada sobre o valor das “entradas”, a base de cálculo revela-se parcialmente incorreta.

Para retificá-la, basta que se efetue a divisão da diferença apurada por 1,4285, para se obter o preço de aquisição da mercadoria.

Desta forma, a multa isolada demonstrada à fl. 18, deverá ser a seguinte:

Período	Compras sem NF	Divisão por 1,4285 (*)	MI – 20 %
1997	913.822,67	639.707,85	127.941,57
1998	1.916.770,90	1.341.806,72	268.361,34
1999	2.915.154,85	2.040.710,43	408.142,09

(*) base de cálculo retificada, com a exclusão do agregado de 42,85 %

Fica evidente que, multiplicados os valores da coluna “3” por 1,4285 (42,85 % de margem de lucro), obtém-se os valores da coluna “2”, base de cálculo originalmente utilizada pelo Fisco para apuração da multa isolada.

A base de cálculo do ICMS não necessita da mesma retificação, uma vez que, por se tratar de substituição tributária, o ICMS é calculado sobre o preço máximo de venda a consumidor.

Assim, do crédito tributário remanescente demonstrado pelo Fisco às fls. 907/916, deve ser retificada a multa isolada exigida, nos termos acima demonstrados. Com esta alteração, o feito fiscal demonstra-se correto, não merecendo qualquer outra ressalva.

Por fim, resta acrescentar que, conforme demonstram os Ofícios de fls. 889 e 892, a Impugnante chegou a solicitar estudos da Administração Fazendária de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alfenas sobre um possível parcelamento do crédito tributário, o que induz à conclusão de que ela própria reconhece as infringências a ela imputadas.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos e, ainda, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamentos, conforme reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 907/916 dos autos, devendo-se, ainda, excluir da base de cálculo da multa isolada aplicada a margem de lucro agregada. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. Élcio Reis. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Thadeu Leão Pereira.

Sala das Sessões, 22/07/02.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

José Eymard Costa
Relator

mn