

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 361/00/6^a
Impugnações: 56.645 - 56.646
Impugnante: Instituto de Medicamentos e Alergia IMA Ltda (Autuada)
Coobrigadas: BH Farma Comércio Ltda (PTA 01.000128137-60) e
Makromed Hospitalar Ltda (PTA 01.000128135-06)
PTA/AI: 01.000128137-60 - 01.000128135-06
Inscrição Estadual: 048.763981.0020 (Autuada - ST Externa/Rio de Janeiro)
Origem: DIF/SRE - Conext/Rio de Janeiro
Rito: Ordinário

EMENTA

Responsabilidade Tributária - Eleição Errônea - Coobrigado - A responsabilidade prevista no art. 29 do RICMS/96 somente se aplica quando o adquirente receber a mercadoria sem retenção do ICMS/ST, não se aplicando aos casos de retenção a menor. No caso dos autos, houve retenção do imposto, ainda que em valor inferior, constituindo tal diferença em obrigação exclusiva do remetente. Em preliminar, de ofício, excluiu-se as Coobrigadas do pólo passivo.

Substituição Tributária – Retenção e Recolhimento a Menor - Medicamentos – Acusação de retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST pelas subsequentes saídas de medicamentos em operações destinadas a contribuinte localizado em Minas Gerais. Utilização de base de cálculo inferior a estabelecida pelo Protocolo ICMS 14/85 e Convênio ICMS 76/94, c/c art. 2º, § 1º da Portaria nº 37/92 do Ministério da Economia. Infração caracterizada. Mantidas as exigências fiscais em relação a Autuada. Impugnações improcedentes. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação que a Autuada, contribuinte substituto, reteve e recolheu a menor o ICMS/ST devido pelas subsequentes saídas de medicamentos em suas operações destinadas a contribuinte localizado no Estado de Minas Gerais, nos exercícios de 1994 a 1999, por ter utilizado base de cálculo menor que a estabelecida pelo Protocolo ICMS 14/85 e Convênio ICMS 76/94, c/c art. 2º, § 1º da Portaria nº 37/92. Exige-se o ICMS/ST e MR (100%) no valor total de R\$ 582.126,26 (soma dos dois PTA).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por intermédio de seu representante legal, Impugnações constantes dos autos, contra as quais o Fisco se manifesta nos respectivos processos.

DECISÃO

Em análise preliminar, verifica-se que as Coobrigadas foram erroneamente eleitas para figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

O art. 29 do RICMS/96 estabelece que "...a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, **sem a retenção** do imposto". (gn)

No caso dos autos, verifica-se que as Coobrigadas receberam as mercadorias **com retenção** do imposto, não obstante tal retenção tenha sido em valor inferior ao devido.

Neste caso, a responsabilidade pela diferença de imposto retido e recolhido a menor é exclusiva do remetente (substituto tributário), ora Autuada, devendo, portanto, de ofício, serem excluídas as Coobrigadas do pólo passivo.

Quanto ao mérito, ressalte-se que decorre a exigência fiscal formalizada da constatação da retenção a menor do ICMS devido a este Estado a título de substituição tributária, concernente às saídas de medicamentos destinadas a contribuintes localizados neste Estado.

Inicialmente torna-se importante destacar que a Autuada é estabelecimento industrial (fabricante) localizado no Estado do Rio de Janeiro, sendo que as operações objeto da presente peça fiscal reportam-se ao período de setembro/94 a janeiro/99.

Inferre-se que o trabalho fiscal encontra-se embasado no que preceitua o atual art. 237 do Anexo IX do RICMS/96, que possui redação semelhante ao art. 824 do RICMS/91, a saber:

"O estabelecimento industrial fabricante ou o estabelecimento importador, situado em outra unidade da Federação, exceto no Estado de São Paulo, nas remessas para contribuinte deste Estado, dos produtos a seguir relacionados, classificados nos respectivos códigos ou posições da NBM/SH, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário:" (gn)

Há de se destacar, todavia, que as pessoas jurídicas: hospitais, clínicas, ambulatórios, casas de saúde, órgãos públicos, entidades filantrópicas e congêneres, mesmo que sejam inscritas nos cadastros de *contribuintes* do ICMS de seus Estados de situação, não devem ser consideradas como tal, em razão das características de suas atividades, a menos que pratiquem, com habitualidade, operações de circulação de mercadorias definidas como fato gerador desse imposto (excluídas as eventuais operações de importação).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isso posto, nas saídas destinadas a tais entidades, desde que as mesmas não promovam operações de circulação de mercadorias, não há que se aplicar a substituição tributária prevista no citado artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96.

Outrossim, no caso em comento, ao contrário do enfatizado pela Autuada, infere-se que as adquirentes, ora Coobrigadas, encontram-se cadastradas neste Estado sob Código de Atividade Econômica – CAE nº 43.3.1.00-1 - Comércio atacadista de produtos farmacêuticos da flora medicinal e hervasnários (BH Farma); e 43.3.5.00-7 - Comércio atacadista de produtos odonto-médico-hospitalares e laboratoriais (Makromed) , diversos, portanto, daquelas entidades acima citadas.

Em sendo assim, entendemos restar caracterizada nos autos a responsabilidade da Autuada, na condição de substituto tributário, pela retenção e recolhimento do ICMS que será devido nas operações subseqüentes a serem realizadas pelos atacadistas adquirentes, localizados neste Estado.

No tocante a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária, infere-se que a mesma é prevista no Protocolo ICM 14/85 e Convênios ICMS 76/94 e 79/96, que foram recepcionados neste Estado pelo Decreto nº 32.848, de 23/08/91, além do artigo 825 do RICMS/91 e art. 239 do Anexo IX do RICMS/96 que, basicamente, possuem a seguinte redação:

I) Art. 825 do RICMS/91 (efeitos a partir de 20-10-94 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º do Decreto nº 36.236, de 13-10-94) - “A base de cálculo do imposto, para o fim de substituição tributária, é o valor correspondente ao preço constante de tabela, estabelecida pelo órgão competente, para venda a consumidor.” (gn)

II) Art. 239 do Anexo IX do RICMS/96 (efeitos a partir de 11-10-96 - Redação dada pelo art. 16 e vigência estabelecida pelo art. 29, IV, “c”, ambos do Decreto nº 38.410, de 06-11-96) - “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”. (gn)

Importante destacar que na falta do referido preço de *tabela* o Regulamento estabelece outros critérios para sua fixação.

No caso dos autos, analisando-se a **Portaria nº 463**, de 06-06-91, e também a **Portaria nº 37**, de 11-05-92, expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, infere-se que o Governo Federal *liberou* o preço dos medicamentos para as unidade produtoras, ao mesmo tempo em que *limitou a margem de comercialização* do produto pelas unidades atacadistas e varejistas, calculada a partir do referido preço

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecido pelo industrial, circunstâncias que, em última análise, concorreram para o *tabelamento* do preço máximo de venda a consumidor dos remédios.

Nesse sentido, destacamos os seguintes artigos da aludida Portaria nº 37/92:

“Parágrafo 1º do art. 2º - 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.

Art. 4º - As unidades de comércio varejista deverão manter à disposição dos consumidores e para verificação por parte da fiscalização, as listas de preços máximos ao consumidor para os produtos a que se refere o art. 2º desta portaria.” (gn)

Em sendo assim, corroboramos o entendimento da SLT, consubstanciado na resposta à Consulta nº 188/99, republicada no “MG” de 07-01-00, onde o referido órgão enfatiza que, no tocante aos medicamentos constantes de listas da ABCFarma e/ou outras do gênero, publicadas de acordo com os artigos 2º e 4º da Portaria nº 37/92, ainda vigente, “a base de cálculo do ICMS a ser recolhido por substituição tributária é o preço previsto em tais publicações para venda a consumidor final”.

Insta destacar que no caso dos autos, o Fisco adotou como base de cálculo do ICMS/ST o preço constante das referidas tabelas divulgadas pelas revistas especializadas (que se encontram anexadas aos autos, por amostragem), fato admitido pela própria Autuada, que é o estabelecimento fabricante dos medicamentos, sendo que a partir de 01-05-95 a base de cálculo foi reduzida de 10%, em obediência ao que preceitua o § 3º do art. 825 do RICMS/91, redação que se repete no art. 239 do Anexo IX do RICMS/96.

Acrescente-se que a legislação tributária não faz distinção da incidência do ICMS/ST em função do acondicionamento do produto, não importando, pois, se os mesmos foram embalados ou não para consumo hospitalar. Outrossim, e conforme anteriormente analisado, o que a legislação não permite é a retenção do imposto quando o adquirente enquadrar-se na condição de não-contribuinte (hospitais, órgãos públicos, etc.), o que não acontece nas operações objeto das presentes peças fiscais destinadas a estabelecimentos atacadistas, localizados neste Estado.

Ressalte-se ainda, que foi garantido à Autuada o direito de ampla defesa na esfera administrativa, a teor do disposto no art. 84 da CLTA/MG, tendo a mesma impugnado o feito de forma regular, conforme art. 97 do mesmo diploma legal.

No que concerne as questões levantadas pela Autuada relativas à inconstitucionalidade do instituto da substituição tributária “para frente”, frisamos que fica prejudicada sua análise, face ao disposto no art. 88, inciso I, da CLTA/MG, que também deve ser acionado relativamente aos argumentos desenvolvidos pela mesma

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quanto à Multa de Revalidação aplicada (100%), que se encontra adequada à Lei nº 12.729/97.

Assim sendo, restam devidamente caracterizadas as infringências a legislação tributária, sendo legítimas as exigências fiscais constantes dos Autos de Infração, em relação a Autuada.

Os demais argumentos apresentados pela Autuada/Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 6ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em excluir, de ofício, as Coobrigadas do pólo passivo; e no mérito, também à unanimidade, em julgar improcedentes as Impugnações da Autuada. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Laerte Cândido de Oliveira e Ângelo Alberto Bicalho de Lana.

Sala das Sessões, 17/05/2000.

Luciano Alves de Almeida
Presidente

Cleomar Zacarias Santana
Relator