

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 367/00/6<sup>a</sup>  
Impugnações: 56.763 (Aut.) - 56.764 (Coob.)  
Impugnantes: Instituto de Medicamentos e Alergia IMA Ltda (Autuada) e  
Coobrigada: Divinópolis Medicamentos Ltda  
Advogado: Carlos Antônio Bento/Outra (Coobrigada)  
PTA/AI: 01.000128155-84  
Inscrição Estadual: 048.763981.0020 (Autuada - ST Externa/Rio de Janeiro)  
Origem: DIF/SRE - Conext/Rio de Janeiro  
Rito: Sumário

### **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, acolheu-se a argüição da Coobrigada, para excluí-la do pólo passivo. Impugnação/Coobrigada parcialmente procedente. Decisão unânime.**

**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. Impugnação/Autuada improcedente. Decisão unânime.**

### **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 1997 e 1998, 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\$ 7.748,36.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por intermédio de seu representante legal, Impugnação às fls. 50/73, bem como, a Coobrigada, através de procurador regularmente constituído, também apresenta sua defesa às fls. 74/79, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 84/96.

**DECISÃO**

Em análise preliminar, verifica-se que procede a arguição da Coobrigada, de sua eleição errônea 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 a Coobrigada recebeu 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, ser excluída a Coobrigada 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 maio/97 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 a adquirente, ora Coobrigada, encontra-se cadastrada neste Estado sob Código de Atividade Econômica – CAE nº 43.3.1.00-1 - Comércio atacadista de produtos farmacêuticos da flora medicinal e hervanários, diverso, 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 pelo atacadista adquirente, localizado 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 estabelecido pelo industrial, circunstâncias que, em última análise, concorreram para o *tabelamento* do preço máximo de venda a consumidor dos remédios.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 da presente peça fiscal destinadas a estabelecimento atacadista, localizado 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 quanto à Multa de Revalidação aplicada (100%), que se encontra adequada à Lei nº 12.729/97.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim sendo, restam devidamente caracterizadas as infringências a legislação tributária, sendo legítimas as exigências fiscais constantes do Auto 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 acolher a tese de eleição errônea do sujeito passivo, argüida pela Coobrigada, para excluí-la do pólo passivo, julgando-se parcialmente procedente sua Impugnação; e no mérito, também à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação 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**