

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.377/11/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000164055-51
Impugnação: 40.010127177-54
Impugnante: Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda
IE: 062128426.00-96
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro (s)
Origem: DF/ BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS. Constatada a falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS/ST nas aquisições de medicamentos e produtos farmacêuticos de uso humano constantes da Parte 4 do Anexo XV do RICMS/02, em decorrência de apuração incorreta do imposto. As alegações de que as mercadorias foram destinadas a hospitais públicos, amparadas pela isenção, não autorizam a dispensa do imposto, a teor da regra contida no subitem 136.3 do Anexo I do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de 01/03/05 a 31/03/08, incidente sobre operações com medicamentos e outros produtos farmacêuticos de uso humano, em decorrência de apuração incorreta do imposto.

Exige-se o ICMS-ST e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 211/221, acompanhada dos documentos de fls. 223/469, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 471/474.

A Assessoria do CC/MG solicita diligência às fls. 480, que resulta nas manifestações de fls. 481/486.

Aberta vista para a Impugnante que se manifesta às fls. 493/496 e apresenta os documentos de fls. 497/505.

O Fisco novamente se manifesta às fls. 507.

A Assessoria do CC/MG solicita a realização de diligência de fls. 508, que resulta na manifestação da Advocacia-Geral do Estado às fls. 509/510.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 511/517, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Do Mérito

Como visto no relatório, a autuação versa sobre falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de 01/03/05 a 31/03/08, incidente sobre operações com medicamentos e outros produtos farmacêuticos de uso humano, em decorrência de apuração incorreta do imposto.

Considerando o despacho da Advocacia-Geral do Estado, não há óbice para o julgamento administrativo da presente lide, uma vez que a Ação Anulatória não se refere ao PTA ora em discussão.

A defesa alega que a sistemática de recolhimento de ICMS que lhe fora imposta não se trata de substituição tributária, mas sim de antecipação de pagamento, por se tratar de uma distribuidora hospitalar.

Sustenta, ainda, que as saídas internas sobre as quais não antecipou o ICMS, se referem às saídas para a Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (FHEMIG), que estão amparadas pela isenção do imposto, bem como no tocante às saídas de produtos quimioterápicos.

Pede-se, também, em caráter subsidiário, que sejam considerados os recolhimentos efetuados pelo sistema de débito e crédito no período fiscalizado.

O Fisco destaca que as irregularidades foram apuradas mediante análise dos arquivos eletrônicos transmitidos pelo Contribuinte, confrontando-se os dados com as notas fiscais de aquisição de mercadorias, resultando na elaboração da planilha Anexo I (em CD – fls. 20), contendo a apuração da diferença de ICMS/ST.

O Anexo III (fls. 24/186), contém a apuração do ICMS/ST, uma vez que a Autuada não promoveu o recolhimento do imposto nas entradas das mercadorias, conforme dispunha a legislação vigente à época.

Registre-se que, no período de 21/09/05 a 27/04/07, a Autuada detinha Regime Especial (fls. 181/188) para recolhimento do ICMS/ST no prazo previsto no art. 85, inciso II, alínea “g” do RICMS/02.

Preliminarmente, há de se ressaltar que as questões que envolvam discussão sobre a natureza jurídica do instituto, ou seja, se o regime determinado para as operações da Autuada deve ser considerado como substituição tributária ou antecipação do ICMS, não merecem maiores discussões, em face do óbice contido no art. 110 do RPTA/MG, uma vez que a própria Impugnante reconhece a existência da legislação tributária que lhe impõe o ônus de antecipar ou recolher.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com efeito, às fls. 215 dos autos, a Impugnante declara que “não discute a Impugnante o seu dever de precipitar o pagamento do ICMS por suas operações próprias, tampouco a margem de valor agregado, adotada pela legislação (29%)”.

Destaque-se, por oportuno que, independentemente da natureza jurídica imposta, ambas as situações (substituição tributária ou antecipação do imposto) foram validadas por decisões do Supremo Tribunal Federal – STF.

A regra da atribuição de responsabilidade pelo recolhimento por substituição tributária dispensa maiores comentários. No tocante à antecipação, assim decidiu o STF na ADI 3426/BA:

ADI 3426 / BA - BAHIA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
RELATOR(A): MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
JULGAMENTO: 22/03/2007 ÓRGÃO JULGADOR:
TRIBUNAL PLENO

PUBLICAÇÃO

DJE-028 DIVULG 31-05-2007 PUBLIC 01-06-2007
DJ 01-06-2007 PP-00024 EMENT VOL-02278-02 PP-
00214
RDDT N. 143, 2007, P. 224

PARTE(S)

REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO -
CNC

ADV.(A/S): DOLIMAR TOLEDO PIMENTEL E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA

REQDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO
DA BAHIA

EMENTA: I. ADIN: PREJUÍZO INEXISTENTE, QUANDO A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SUPERVENIENTE NÃO ACARRETOU MODIFICAÇÃO NA NORMA QUESTIONADA: POSSIBILITOU SOMENTE APENAS A EXIGÊNCIA DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL COM RELAÇÃO ÀS OPERAÇÕES COM ÁLCOOL. II. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 12-A ACRESCENTADO À L. EST. 7014/96 (LEI BÁSICA DO ICMS) PELA L. EST. 8.967, DE 29.12.2003, DO ESTADO DA BAHIA, QUE REGULA A ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO ICMS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIA PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO: ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; ART. 19, INCISO III; ART. 22, INCISO VIII; ART. 150, INCISOS IV E V E § 7º; ART. 152, ART. 155, § 2º, IV; ART. 170; IV E IX; ART. 179, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: IMPROCEDÊNCIA. II. ICMS; REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS OPERAÇÕES INTERNAS COM ÁLCOOL NÃO DESTINADO AO USO AUTOMOTIVO, OBSERVADAS AS CONDIÇÕES DEFINIDAS PELO REGULAMENTO, DETERMINADA PELO § 4º DO ART. 16 DA L. EST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

7014/06, ACRESCENTADO PELA L. EST. 8967/2003: AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.

O embate trazido pela defesa, ou seja, a hipótese de não aplicação da regra de substituição tributária (ou antecipação do imposto) nas operações de aquisição de mercadorias em que, sabidamente, os produtos seriam remetidos aos estabelecimentos hospitalares do Estado de Minas Gerais, já havia sido apreciada pelo Fisco, que lhe negou tal pedido ao analisar o documento de fls. 185/186.

Ao contrário de conceder o que fora pedido, ou seja, a dispensa do pagamento do ICMS nas entradas de mercadorias destinadas a órgãos públicos, a Autoridade Fiscal cassou o RE 16.000107440-25, exatamente pela falta de recolhimento desta parcela no período de vigência do Regime Especial.

No tocante às saídas predominantemente isentas (destinadas a órgãos públicos), sustenta o Fisco que a premissa não encontra amparo na legislação vigente à época dos fatos geradores, uma vez que as mercadorias adquiridas não têm destino certo.

Caso a coincidência entre as notas fiscais de aquisição e de saídas das mercadorias fosse regra geral, caberia à Impugnante requerer regime especial próprio à espécie, que não o recolhimento antecipado do imposto.

O art. 14 do Anexo XV do RICMS/02, com vigência a partir de 01/12/05, assim dispunha:

Art. 14. O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista no caput deste artigo aplica-se também ao estabelecimento depositário, na operação de remessa de mercadorias para depósito neste Estado.

(...)

Art. 20. O imposto a recolher a título de substituição tributária será:

I - em relação às operações subsequentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente;

(...)

Art. 46 - O recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária será efetuado até:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - o momento da entrada da mercadoria no território mineiro, nas hipóteses dos arts. 14,15,75 e 110-A desta Parte;

(...)

§ 2º O recolhimento do imposto poderá ser efetuado em prazo distinto do previsto neste artigo, desde que autorizado em regime especial concedido:

I - pelo titular da Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização, na hipótese da alínea "b" do inciso I;

II - pelo diretor da Superintendência de Tributação, nos demais casos.

§ 3º Nas hipóteses abaixo relacionadas, considerando o volume das operações e mediante regime especial ou autorização provisória, após o pedido de regime e até a sua concessão, o titular da Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito o estabelecimento destinatário poderá prorrogar o prazo de pagamento do imposto, caso em que o mesmo será apurado no momento da entrada da mercadoria no estabelecimento:

(...)

Art. 59. Relativamente aos medicamentos de que trata o item 15.1 da Parte 2 deste Anexo, a base de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária é:

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/07/2009 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

(...)

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

Efeitos a partir de 1º/08/2009 - Redação dada pelo art. 1º, I e vigência estabelecida pelo art.3º, IV, ambos do Dec. Nº 45.138, de 20/07/2009.

(...)

IV - na operação interna ou interestadual destinada a distribuidor hospitalar situado neste Estado, o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de 29% (vinte e nove por cento), a título de margem de valor agregado (MVA);"

Efeitos a partir de 1º/12/2005 - a 31/05/2008 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º - Para os efeitos deste artigo, considera-se distribuidor hospitalar o estabelecimento atacadista cujas vendas destinadas a hospitais, clínicas ou a órgãos da Administração Pública representem, no mínimo, 90% (noventa por cento) da sua receita operacional anual, observado o seguinte:"

Efeitos de 1º/12/2005 a 14/03/2008 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

I - o enquadramento do estabelecimento na categoria de distribuidor hospitalar será feito mediante requerimento protocolizado na Delegacia Fiscal (DF) a que estiver circunscrito, acompanhado de comprovação de que o contribuinte se enquadra na categoria de distribuidor de medicamento de uso hospitalar;

II - portaria da Superintendência de Tributação divulgará os estabelecimentos dos distribuidores hospitalares;

III - quando o estabelecimento distribuidor hospitalar promover saída da mercadoria para destinatário diverso de hospital, clínica e órgão da Administração Pública, deverá recolher a diferença do imposto devido, observadas a base de cálculo estabelecida no art. 19, I, desta Parte e, se for o caso, as reduções previstas nos incisos do § 1º deste artigo.

§ 4º - Para os efeitos de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária, o preço sugerido ou divulgado pelo estabelecimento industrial, pelo importador ou por entidade representativa do segmento econômico não está sujeito à aprovação em portaria da Superintendência de Tributação.

Cabe esclarecer que a regra vigente no período anterior a 01/12/05 possuía igual tratamento tributário, tratando de mero deslocamento no RICMS/02.

Assim, ao elaborar a planilha de fls. 24/186, o Fisco apurou o valor total das mercadorias, aplicando em seguida o percentual de agregação de 29% (vinte e nove por cento), de modo a encontrar a base de cálculo para o ICMS/ST.

Cabe salientar que as alíquotas utilizadas foram mencionadas no CD-R, conforme a classificação dos medicamentos (12% ou 18%).

Por outro lado, as saídas mencionadas pela Impugnante não se encontram elencadas nas hipóteses de inaplicabilidade da substituição tributária por ocasião da entrada das mercadorias.

Note-se que a redução da margem de agregação decorre exatamente da situação reclamada pela Impugnante, ou seja, da sua condição de revendedora de medicamentos para hospitais. Neste caso, por existir apenas uma operação subsequente, reduziu-se a margem de resultado, ao contrário das operações de remessas a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contribuintes (farmácias e drogarias), em que ocorrem duas operações (saída do distribuidor e saída para o consumidor final).

Ao contrário da pretensão da Defesa, ao estabelecer a isenção para as operações com mercadorias destinadas aos órgãos públicos, o legislador infralegal não dispensou o recolhimento do imposto devido por substituição tributária. O item 136 do Anexo I do RICMS/02, introduzido pelo Decreto nº 43.349/03, assim cuida da matéria:

136 Saída, em operação interna, de mercadoria ou bem destinados a órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas fundações e autarquias.

(...)

136.3 Na hipótese de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, o valor do imposto retido poderá ser restituído ao contribuinte substituído na forma do disposto no Anexo XV.

Resta claro, portanto, a intenção de não se dispensar o recolhimento do ICMS/ST na entrada das mercadorias, mas sim de atenuar a margem de valor agregado, no caso ora em exame.

No tocante aos medicamentos quimioterápicos, sustenta o Fisco que nenhum produto desta natureza encontra-se inserido na planilha contida no CD-R de fls. 20.

Quanto ao pedido de compensação dos valores recolhidos a título de débito e crédito, não se vislumbra a possibilidade de fazê-lo nestes autos, mas sim no PTA 01.000164044-90, que cuida do estorno de crédito vinculado ao regime de substituição tributária.

No caso presente, há de se preservar o instituto da substituição tributária, de modo a recolher o imposto devido por ocasião da entrada das mercadorias no estabelecimento mineiro.

Corretas, portanto, as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Sophia Goreti Rocha Machado e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Bruno Antônio Rocha Borges e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 16 de junho de 2011.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente/Revisor**

**Sauro Henrique de Almeida
Relator**

SHA/EJ