

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.083/16/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000274728-40
Impugnação: 40.010138418-07
Impugnante: Zydus Nikkho Farmacêutica Ltda
IE: 001560299.00-97
Proc. S. Passivo: Mauro da Cruz Jacob/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR ICMS/ST - MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS. Constatada a retenção e o recolhimento a menor do ICMS/ST devido ao estado de Minas Gerais em razão de a Autuada, contribuinte substituto tributário por força de regime especial, estabelecida no estado do Rio de Janeiro, nas remessas interestaduais de medicamentos para contribuintes mineiros, deixar de utilizar, para a apuração da base de cálculo, a tabela de preços máximos sugeridos a consumidor pela ABCFARMA, contrariando as disposições do art. 59, inciso II, alínea "a" da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea "c", ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e o recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), no período de 07/12/12 a 04/10/13, quando a Autuada, contribuinte substituto tributário por força de regime especial, realizou operações de saída de medicamentos e produtos farmacêuticos relacionados no item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 para diversos destinatários localizados no estado de Minas Gerais. Para a formação da base de cálculo da substituição tributária, no momento da emissão das notas fiscais, deixou de utilizar a tabela de preços máximos sugeridos a consumidor pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - ABCFARMA, conforme previsão do art. 59, inciso II, alínea "a" da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea "c", ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 364/378, requerendo a improcedência do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização, em manifestação de fls. 435/439, refuta as alegações da Defesa e requer a 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 essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a retenção e o recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária (ICMS/ST), no período de 07/12/12 a 04/10/13 quando a Autuada, contribuinte substituto tributário por força de regime especial, realizou operações de saída de medicamentos e produtos farmacêuticos relacionados no item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 para diversos destinatários localizados no estado de Minas Gerais, utilizando-se para a formação da base de cálculo do ICMS por substituição tributária de valores diferentes dos consignados na tabela de preços máximos sugeridos a consumidor, conforme previsão do art. 59, inciso II, alínea “a” da Parte 1 do citado Anexo.

A Autuada, importadora de medicamentos localizada no estado do Rio de Janeiro, unidade federada não signatária de protocolo para aplicação da substituição tributária, é detentora do Regime Especial n.º 45.000001191-30 (n.º anterior 16.000463175-26) desde 25/10/12, por meio do qual lhe é atribuída a responsabilidade, na condição de contribuinte substituto tributário, pela retenção do ICMS/ST devido nas operações subsequentes com mercadorias discriminadas no item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS destinados a contribuintes estabelecidos neste estado.

Depreende-se dos documentos fiscais carreados pela Fiscalização no Anexo 2 do Auto de Infração - AI, que a empresa apura o valor do ICMS/ST utilizando-se para a formação da base de cálculo, da margem de valor agregado - MVA prevista no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3, da Parte I, do Anexo XV do RICMS/02, mesmo localizada em estado não signatário de protocolo para aplicação da substituição tributária.

Entende a Impugnante, importadora dos medicamentos da sua matriz localizada na Índia, que possuindo o registro no órgão público regulador e sendo signatária de Regime Especial com o estado de Minas Gerais, estaria habilitada para suplantar a última condição para o perfeito enquadramento na norma do art. 59 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 vigente à época dos fatos, qual seja, estar situada em unidade da Federação signatária do protocolo para aplicação da substituição tributária.

Alega que no art. 3º do Regime Especial concedido encontra-se delimitada a forma de apuração do ICMS/ST a recolher, indicando o art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS como parâmetro para apuração da base de cálculo a utilizar.

Registra resposta à consulta e recurso formulados para a SUTRI/SEF/MG, contrária a esse entendimento, invocando a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional (CTN), e ainda, que a posterior alteração da legislação, levada a efeito pelo Decreto n.º 46.696/14, excluindo a necessidade de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

localização em estado signatário de protocolo, teria efeitos retroativos por ser mais benigna, em respeito ao disposto no art. 106 do mesmo *codex*.

No entanto, deve-se considerar a concessão do Regime Especial para a Impugnante, na forma do art. 2º da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 2º A substituição tributária, além das hipóteses previstas neste Anexo, poderá ser atribuída a outro contribuinte ou a categoria de contribuintes, inclusive entidade representativa de produtores rurais, mediante regime especial definido neste Regulamento ou concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, na hipótese de contribuinte situado em outra unidade da Federação.

(...)

Verifica-se que na condição de importadora sediada em outra unidade federada, obteve o ato concessório que lhe permitia recolher o ICMS/ST devido por contribuinte mineiro, uma vez inexistente protocolo de aplicação da substituição tributária assinado pelo estado de sua localização.

O Regime Especial, cuja cópia encontra-se acostada às fls. 13/14 dos autos, dita normas gerais atinentes ao responsável na condição de substituto tributário, no caso a Impugnante. Cabe ao contribuinte cessionário verificar as regras específicas do seu ramo de atividade, no caso, as relativas ao item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, conforme enumerado no processo.

Observa-se que a divergência no presente Auto de Infração gira em torno da interpretação dos arts. 19 e 59, ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Veja-se os textos legais:

Anexo XV do RICMS/02

(conforme redação vigente no período de 12/08/11 a 27/12/13)

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:

I - nas operações promovidas pelo fabricante, inclusive quando a responsabilidade couber ao adquirente, a prevista no art. 19, I, "b", 3, desta Parte;

II - nas operações promovidas por contribuinte não fabricante:

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

b) a prevista no art. 19, I, "b", 3, desta Parte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1. quando promovida por industrial detentor do registro da mercadoria junto ao órgão público regulador de que trata o art. 12 da Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, desde que a mercadoria tenha sido recebida de estabelecimento situado em unidade da Federação signatária do Protocolo para aplicação da substituição tributária;

2. quando promovida por importador situado em unidade da Federação signatária do Protocolo para aplicação da substituição tributária e detentor do registro da mercadoria junto ao órgão público regulador de que trata o art. 12 da Lei Federal nº 6.360, de 1976;

3. quando a mercadoria não tiver seu preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do segmento econômico.

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subseqüentes:

a) tratando-se de mercadoria cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, o preço estabelecido;

b) tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, **observada a ordem:**

1. o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

2. o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos aprovado em portaria da Superintendência de Tributação; ou

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo; (grifou-se).

O art. 19 traz a regra geral de determinação da base de cálculo do ICMS/ST aplicável às operações sujeitas à substituição tributária nas remessas de mercadorias ao estado de Minas Gerais. Já o art. 59 apresenta regra específica em relação ao mesmo cálculo, quando se trata de operação com o produto medicamento, situação dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A análise conjunta dos arts. 19 e 59 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, vigentes à época dos fatos, deixa claro que a base de cálculo do ICMS/ST a ser utilizada, quando da remessa de mercadorias integrantes do item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 para o estado de Minas Gerais, por parte estabelecimentos não fabricantes dos produtos, é aquela prevista no art. 59, inciso II, alínea “a” do Anexo XV do RICMS (preço máximo de venda a consumidor final divulgado por entidade representativa do segmento econômico para a mercadoria).

E não foi outro o entendimento exposto pela SUTRI/SEF/MG na resposta dada à Consulta de Contribuintes nº 187/13 formulada pela própria Impugnante (fls. 16/17). É cediço que a condição de localização em estado não signatário de protocolo ICMS/ST não poderia ser suplantada com a assinatura de Regime Especial exclusivo para a atribuição de responsabilidade tributária.

Registra-se o perfeito entendimento da Impugnante quanto à situação posta na consulta, pois recorreu da decisão e não obtendo sucesso, adequou seu procedimento às normas vigentes, art. 59, inciso II, alínea “a” do Anexo XV do RICMS/02, a partir da ciência do indeferimento da peça recursal.

Poderia, nesta oportunidade, ter usufruído para pagamento do tributo devido referente ao período antecedente, conforme resposta dada à consulta, nos termos do disposto no art. 42 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, a saber:

Art. 42. O tributo devido conforme resposta dada à consulta será pago sem imposição de penalidade desde

já efetuado o recolhimento dentro do prazo que:

I - sede 15 (quinze) dias contados da data em que o consulente tiver ciência da resposta; e

II - a protocolização da petição de consulta tenha ocorrido até o vencimento da obrigação a que se refira.

Contudo, a Autuada não utilizou da benesse contida no referido dispositivo.

Acresça-se que no caso em exame não se constata hipótese de aplicação do disposto no art. 100 c/c o parágrafo único do mesmo artigo do CTN para exclusão de juros e multas, pois a Autuada não seguiu a orientação da Fiscalização.

De mesma sorte, é imperfeita a arguição da aplicação da retroatividade benigna disposta no art. 106 do CTN, como segue:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Do enunciado, nota-se a inadequação aos fatos dispostos que não se subsumem a norma. Observa-se que a inutilização das previsões legais elencadas no art. 59 do Anexo XV do RICMS/02, vigente à época, específica para o cálculo do ICMS/ST dos medicamentos, não se enquadra em nenhuma das condições abarcadas nos incisos do enumerado preceito legal.

No tocante às alegações defensórias retromencionadas, destaca a Fiscalização:

“Não se aplica o art. 100, § único do CTN, como pretendido pela autuada, pois não existe nos autos nenhuma das normas complementares descritas nos incisos do citado artigo que a Impugnante tenha observado, como também não se aplica a alínea “a”, inciso II, art. 106 do CTN, pois o que houve foi apenas uma alteração de um fato no RICMS, ou seja, a partir de 01/01/2015 foi excluída do Regulamento a exigência de que o remetente esteja localizado em Estado signatário do Protocolo para que possa utilizar a MVA em vez do PMC para cálculo da BC do ICMS/ST, e não uma infração como dispõe a alínea “a”, inciso II, art. 106 do CTN. Já a alínea “c”, do inciso II, art. 106 do CTN, refere-se a penalidade e como houve nenhuma alteração, não há no que se falar em retroação benigna.”

Ademais nos termos do disposto no art. 144 do CTN “o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”.

Como demonstrado, a sistemática de cálculo aplicada pela Impugnante e contestada pela Fiscalização foi submetida à análise do órgão estadual competente em dirimir dúvidas porventura existentes e clareada com a resposta à consulta. Caberia à Consulente ter corrigido as irregularidades ao tomar ciência do equívoco cometido.

Registra-se, a existência nos documentos fiscais emitidos pela Autuada, dos valores do PMC individualizados por produto, mesmo que desconsiderados por ela na ocasião da formação da base de cálculo do ICMS/ST. Portanto, seria perfeitamente viável a correta utilização do dispositivo legal aplicável ao caso.

Resta, pois, consubstanciada a situação fática e corretas as exigências fiscais relativas à diferença do ICMS/ST e das multas de revalidação e isolada.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Ana Lúcia Pires de Oliveira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alan Carlo Lopes Valentim Silva (Revisor) e Maria Gabriela Tomich Barbosa.

Sala das Sessões, 22 de março de 2016.

**Luiz Geraldo de Oliveira
Presidente**

**Maria Vanessa Soares Nunes
Relatora**

CC/CMG

CL