

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.061/16/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000226642-61
Impugnação: 40.010137193-01
Impugnante: Orgafarma Organização Farmacêutica Ltda.
IE: 062009466.00-92
Proc. S. Passivo: Marcelo Jabour Rios/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – BASE DE CÁLCULO – MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS.

Constatado o recolhimento a menor do ICMS/ST, devido no momento das entradas neste estado, de medicamentos adquiridos de estabelecimento situado em outra unidade da Federação, em razão da utilização de base de cálculo em desacordo com a legislação. Infração caracterizada nos termos do art. 59, inciso II do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor o ICMS devido por substituição tributária, no período de janeiro de 2012 a maio de 2014, referente às mercadorias adquiridas de contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação, em razão das seguintes irregularidades:

- não observância ao disposto no art. 59, inciso II, alíneas “a” e “b” do Anexo XV do RICMS/02, para apuração da base de cálculo do imposto dos produtos de que trata o item 15 da Parte 2 de tal Anexo (medicamentos e outros produtos farmacêuticos), não fabricados pelo remetente;

- cálculo do imposto incorreto (a menor) relativamente aos demais produtos sujeitos à base de cálculo prevista no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 do Anexo XV do RICMS/02;

- falta de recolhimento do imposto relativo às Notas Fiscais de nºs 82.172 e 82.187.

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 232/251, e acosta os documentos de fls. 272/682.

Sustenta sua defesa nas seguintes afirmações:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que sempre se baseou nas informações prestadas pelo remetente em seus documentos fiscais, para cálculo do imposto, e no cadastro do fornecedor nas Receitas Federal e Estadual, que informa que a empresa vendedora Cifarma/GO tem como atividade principal o CNAE 21.21.1-01 – Fabricação de medicamentos alopáticos para uso humano;

- que os documentos acostados, contendo resposta formal da Cifarma a respeito da origem dos medicamentos que ensejaram o Auto de Infração em discussão, comprovam que a mesma é fabricante e promoveu a industrialização das mercadorias em sua unidade de Goiás, juntamente com os registros dos produtos junto ao Ministério da Saúde/Anvisa, que lhe conferem a titularidade dos medicamentos autuados;

- que a prova colhida pelo Fisco, constante do Anexo 5 não merece crédito e, principalmente, não pode prejudicar terceiros, no caso, a Impugnante.

- que não pode prosperar a autuação fiscal, em razão da distinção entre os termos utilizados na legislação mineira para conceituar e diferenciar “fabricante” e “estabelecimento industrial fabricante”;

- que a norma dos medicamentos distingue o “fabricante” do “não fabricante” sem condicionar onde ocorre a fabricação. A palavra “fabricante” desprovida dos antecedentes “estabelecimento” ou “industrial” não tem o condão de definir onde ocorre a fabricação e, portanto, não tem os efeitos pretendidos pelo Fisco;

- que a distinção de tratamento é resultado do disposto no art. 222 do RICMS/02, inciso II e § 3º;

- que a empresa que fabrica os medicamentos é a Cifarma, enquanto que “estabelecimento industrial fabricante” pode ser a Cifarma/Goiás ou a Cifarma/MG, e que a Cifarma/GO é fabricante dos produtos e detentora do registro de fabricação destes, nos termos da Resolução Anvisa RDC nº 17/10.

- que, sendo os dois estabelecimentos fabricantes, mesmo que adquira mercadorias fabricadas pela Cifarma/MG da Cifarma/Goiás, está correta a base de cálculo que utilizou na apuração do ICMS/ST, visto que as duas empresas se apresentam como “estabelecimento industrial fabricante”;

- que não houve nenhum planejamento fiscal ou benefício apurado pela Impugnante que tenha sido desconstituído pela Fiscalização,

- que o valor da multa de revalidação aplicada tem o caráter confiscatório e fere os limites constitucionais, estando em conflito com o art. 150, inciso IV, da Carta da República.

Requer a realização de prova pericial e formula quesitos de fls. 250.

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 254/255 dos autos.

Da Manifestação Fiscal e do Aditamento à Impugnação

A Fiscalização, em manifestação de fls. 685/690, refuta as alegações da Defesa, sob os seguintes argumentos, em síntese:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que, de acordo com a Consulta de Contribuinte nº 171/12 e com o art. 59, inciso I do Anexo XV do RICMS/02, a utilização da MVA somente se aplica às aquisições diretas do estabelecimento fabricante;

- que a empresa fornecedora dos medicamentos, estabelecida em Goiás, possui o CNAE principal de industrial e secundário de comércio atacadista, efetuando a industrialização de diversos medicamentos em Minas Gerais que, são posteriormente transferidos para a matriz em Goiás, produtos estes já acabados e prontos para comercialização;

- que a filial da Cifarma, empresa estabelecida em Minas Gerais, em atendimento à intimação do Fisco, apresentou relação dos medicamentos exclusivamente fabricados em seu estabelecimento, conforme planilha de fls. 205/211 dos autos;

- que a Cifarma/GO adota equivocadamente o CFOP 6.101, nas remessas para a Impugnante, visto que não houve qualquer processo de industrialização nesta empresa;

- que na declaração acostada pela Impugnante às fls. 278/279, utiliza argumentos referentes ao Código de Situação Tributária, o que não está em discussão;

- que o fato dos registros dos medicamentos apresentarem o CNPJ da matriz, não significa que foram produzidos por esta, e que, nas embalagens primária e secundária dos medicamentos, como também nas embalagens de acondicionamento e transporte, por norma da Anvisa, deve ser apontado o CNPJ do estabelecimento fabricante;

- que, no caso dos produtos em que se exige o imposto calculado pelo PMC, constavam, em todas as embalagens, o CNPJ do estabelecimento mineiro da Cifarma;

- que tais medicamentos foram transferidos da filial mineira para a matriz de Goiás, constando nas notas fiscais de transferência os lotes dos medicamentos, que são os mesmos dos medicamentos adquiridos pela Autuada.

Acosta aos autos cópias das Notas Fiscais nº 46.936, 47.974, 47.971 e 47.669 (fls. 691/697), que comprovam que os lotes dos medicamentos são os mesmos recebidos pela Orgafarma.

Requer, portanto, a procedência do lançamento.

Foi aberta vista à Impugnante, que comparece às fls. 702/705, alegando que não há coincidência entre os lotes de medicamentos apresentados pelo Fisco, por amostragem, conforme casos que cita.

Reitera os demais termos da inicial.

A Fiscalização se manifesta às fls. 707/713.

Afirma que os documentos fiscais juntados tiveram caráter meramente ilustrativo, representando apenas uma amostragem.

Aduz que os produtos apontados pela Impugnante com lotes diferentes foram transferidos por outras notas fiscais (nºs 46.942, 47.141 e 47.669), ora juntadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirma que os medicamentos objeto da presente autuação foram recebidos na totalidade em transferência do estabelecimento de Minas Gerais, conforme notas fiscais de transferência e declaração do próprio fabricante.

Ressalta que nem todos os medicamentos transferidos pelo estabelecimento mineiro são revendidos à Orgafarma, mas todos os medicamentos que são revendidos à Orgafarma, relacionados na autuação, são provenientes da filial mineira.

Requer a procedência do lançamento.

Mais uma vez é aberta vista à Impugnante, que adita sua impugnação, às fls. fls.720/728.

Reafirma os argumentos já apresentados e argui que o Fisco tenta contradizer a informação e registro de Órgão competente para a regulamentação do setor de medicamentos no território nacional ao afirmar que determinado medicamento é fabricado pela Cifarma localizada no estado de Minas Gerais, mesmo diante do registro do oficial do produto, como de fabricação do estabelecimento Cifarma/GO.

Requer a aplicação do art. 112 do Código Tributário Nacional – CTN.

Pede a aplicação das alterações promovidas pelo Decreto nº 46.696/14, ao caso em tela, nos termos do art. 106 do CTN, e que o art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 seja o aplicado para a definição da base de cálculo do ICMS/ST.

Argui que se aplica aos fatos geradores a legislação vigente à época, nos termos do art. 144 do CTN, não se aplicando o art. 106, inciso II, alíneas “a” e “b” do CTN, ao caso dos autos.

Requer a procedência do lançamento.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 744/759.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 762/777, opina, em preliminar, pelo indeferimento da prova pericial requerida e, no mérito, pela procedência do lançamento.

Do Objeto da Diligência

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 11/08/15, decide converter o julgamento em Diligência de fls. 781, com o seguinte teor:

ACORDA A 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA QUE A FISCALIZAÇÃO ELABORE DEMONSTRATIVO CORRELACIONANDO TODOS OS LOTES DOS MEDICAMENTOS ADQUIRIDOS PELA IMPUGNANTE, OBJETOS DA AUTUAÇÃO, COM AS NOTAS FISCAIS DE REMESSA DO ESTABELECIMENTO DA CIFARMA/MG PARA O DE GOIÁS. EM SEGUIDA, VISTA À IMPUGNANTE. PELA IMPUGNANTE, SUSTENTOU ORALMENTE O DR. MARCELO JABOUR RIOS E, PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, O DR. JOSÉ ANTÔNIO SANTOS RODRIGUES.

Dos Esclarecimentos da Fiscalização

A Fiscalização manifesta-se às fls. 783, anexando os documentos de fls. 784/1024.

Em atendimento à Diligência exarada pela 2ª Câmara de Julgamento, a Fiscalização acostou aos autos os seguintes documentos:

- planilha com a relação dos produtos alvos do Auto de Infração, correlacionando as notas fiscais de remessa da Cifarma/MG para a matriz em Goiás com as notas fiscais de venda da Cifarma/GO para a Orgafarma/MG, vinculadas pelos lotes de medicamentos;

- cópias dos Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica – DANFES das operações constantes da planilha supracitada;

- cópias das bulas dos medicamentos que compõem este Auto de Infração, indicando que eles foram fabricados na Cifarma/MG.

Da Manifestação da Impugnante

Regularmente intimada, a Impugnante comparece às fls. 1045/1055, aduzindo que o Fisco não comprovou a identidade dos lotes de todos os documentos fiscais elencados no Anexo 2 do Auto de Infração (Demonstrativo da Apuração do ICMS/ST- Parcela PMC – Mercadorias fabricadas em MG).

Relaciona no quadro de fls. 1049 as notas fiscais que alega não terem sido contempladas pela análise fiscal.

Sustenta que além de não ter sido possível alinhar todos os lotes dos medicamentos, em tese, transferidos e revendidos, quando foi possível identificar alguns documentos (48 documentos fiscais) e cruzar as informações destes, percebe-se que o trabalho fiscal é falho uma vez que só conseguiu identificar apenas um medicamento descrito na nota fiscal de venda, embora a autuação incida sobre todos aqueles comercializados pela Cifarma/GO.

Cita como exemplo a Nota Fiscal de transferência nº 046648 (fls. 786), na qual consta o medicamento “Amoxadene”, com o lote de fabricação nº IDT29. A nota fiscal de venda da Cifarma/GO para a Orgafarma nº 41.752 (objeto da autuação), consta além do medicamento acima, os medicamentos “Florent 100 mg”, “Gripeol 20 cps” e “Ciclaron 80 mg”.

Defende que para esses medicamentos, não foram identificados lotes de origem, embora estes também tenham ensejado a cobrança no Auto de Infração.

Quanto às bulas juntadas pela Fiscalização a fim de provar que os medicamentos foram produzidos em Minas Gerais, assevera que o registro no órgão regulador é que identifica a condição do fabricante do medicamento e que tal informação encontra-se corretamente identificada, conforme legislação federal que rege a matéria.

Reitera os demais termos da impugnação inicial e requer a sua procedência.

Da Manifestação da Fiscalização

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco se manifesta às fls. 1062/1064 dos autos, sustentando a manutenção do lançamento pelas seguintes razões:

- a Cifarma em momento algum afirma que industrializa os produtos enviados a Orgafarma no seu estabelecimento em Goiás, somente que é detentora do registro dos medicamentos, o que, no seu entendimento, a autorizaria a fabricá-los em qualquer dos seus estabelecimentos;

- quando intimado sobre quais produtos são fabricados exclusivamente em Minas Gerais, a Cifarma/MG foi categórica em informar ao Fisco mineiro não só quais são os produtos industrializados em MG, mas também as quantidades;

- existem provas contundente de que as mercadorias adquiridas de Goiás pela Orgafarma foram industrializadas e transferidas da Cifarma/MG para a Cifarma/GO;

- de acordo com as informações prestadas pela Cifarma/MG, por ocasião de diligência a seu estabelecimento industrial em Santa Luzia/MG, esta informou que os medicamentos sólidos (comprimidos), os quais constam do presente PTA, são fabricados em sua totalidade no estado de Minas Gerais, enquanto os líquidos e cremes são fabricados em Goiás. Assim, a amostragem, levantada com todos os tipos de medicamentos autuados, demonstra, sem margem de dúvidas, que todos os produtos que compõem o AI foram produzidos exclusivamente na Cifarma de Minas Gerais;

- as bulas dos medicamentos que foram acostadas ao PTA foram extraídas do site da Cifarma no endereço eletrônico http://www.cifarma.com.br/index.php?option=com_produtos&Itemid=27 e indicam, como evidenciado pelo Fisco na própria bula, que o local de fabricação dos medicamentos sólidos é o estabelecimento da Cifarma, localizado em Minas Gerais e dos medicamentos líquidos é o da Cifarma/GO (fls. 991/1021);

- cita como exemplo o medicamento “Gripeol”, que é fabricado na modalidade cápsulas (fls. 991/992) e na modalidade líquido (fls. 993/994). Como evidenciado nas respectivas bulas, o Gripeol Cápsula é fabricado em Minas Gerais e o Gripeol Gotas em Goiás;

- nem todos os medicamentos transferidos pelo estabelecimento de Minas Gerais para o estabelecimento goiano da Cifarma são revendidos à Orgafarma, mas todos os medicamentos que são revendidos pela Cifarma/GO para a Orgafarma, relacionados na presente autuação, são provenientes da filial mineira;

- Considerando que a Orgafarma é responsável pelo recolhimento do ICMS/ST e possui regime especial de dilatação de prazo para recolhimento até o 9º (nono) dia do 3º (terceiro) mês subsequente ao da apuração, se revela mais vantajoso adquirir os medicamentos da Cifarma de Goiás, do que da Cifarma mineira, razão pela qual a Cifarma/MG transfere os produtos para Goiás para posteriormente, serem adquiridos pela Orgafarma.

Requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG ratifica seu entendimento anterior (fls. 1.068/1.075).

Das Sessões de Julgamento

Em sessão realizada em 09/03/16, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Ainda em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Fernando Luiz Saldanha, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 20/04/16, ficando proferidos os votos dos Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Relator), José Luiz Drumond (Revisor) e Andréia Fernandes da Mota, que julgavam procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Jabour Rios e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves.

Em sessão realizada em 20/04/16, em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 09/03/16, quando acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em prorrogar o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Fernando Luiz Saldanha, marcando-se extrapauta para o dia 29/04/16.

Em sessão realizada em 29/04/16, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 11/05/16, devido à ausência do Conselheiro Fernando Luiz Saldanha que pediu vista do PTA, nos termos da Portaria nº 04 de 16/02/01, na sessão de julgamento de 09/03/16.

Em sessão realizada em 11/05/16, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, nos termos da Portaria nº 04 de 16/02/01, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, devido à ausência do Conselheiro Fernando Luiz Saldanha, que havia pedido vista do PTA na sessão do dia 09/03/16, marcando-se extrapauta para o dia 25/05/16.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Da prova pericial requerida

A Autuada requer a realização de prova pericial e formula quesitos de fls. 250.

Como se sabe, a prova pericial é admitida no curso de um processo como meio ou forma de esclarecimento ao juiz ou órgão julgador, quando o exame do fato depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Contudo, a perícia solicitada se mostra desnecessária, tendo em vista que os autos trazem elementos suficientes para o deslinde da controvérsia.

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil).

Entretanto, verificando-se que o lançamento trata de situação meramente fática e objetiva, considerando-se que o lançamento se encontra devidamente instruído com todos os documentos e informações necessárias para se chegar a um convencimento quanto à imputação fiscal, que a matéria não depende de conhecimentos técnicos especiais para convencimento quanto ao mérito e, por fim, considerando-se que os quesitos formulados pela Autuada não interferem no lançamento, como será abordado na análise do mérito, conclui-se pela impertinência do pedido.

Diante do exposto, indefere-se o pedido de produção de prova pericial, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recolhimento a menor o ICMS devido por substituição tributária, no período de janeiro de 2012 a maio de 2014, referente às mercadorias adquiridas de contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação, em razão das seguintes irregularidades:

- não observância ao disposto no art. 59, inciso II, alíneas “a” e “b” do Anexo XV do RICMS/02 para apuração da base de cálculo do imposto dos produtos de que trata o item 15 da Parte 2 de tal Anexo (medicamentos e outros produtos farmacêuticos), não fabricados pelo remetente (Anexo 2):

- cálculo do imposto incorreto (a menor) relativamente aos demais produtos sujeitos à base de cálculo prevista no art.19, inciso I, alínea “b”, item 3 do Anexo XV do RICMS/02 (Anexo 3);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- falta de recolhimento do imposto relativo às notas fiscais de nºs 82.172 e 82.187 (Anexo 3).

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

A Autuada, empresa estabelecida no estado de Minas Gerais, tem por atividade principal o comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, sendo, portanto, responsável pelo recolhimento do imposto devido a este estado, a título de substituição tributária, por ocasião da entrada em território mineiro das mercadorias constantes do item 15 da Parte 2 do Anexo XV, de acordo com o art. 14 do mesmo diploma legal. Veja-se:

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.

A base de cálculo dos medicamentos está definida no art. 59 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, vigente no período autuado:

CAPÍTULO IX

DAS OPERAÇÕES COM MEDICAMENTOS E OUTROS PRODUTOS FARMACÊUTICOS

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, observada a ordem:

a) o preço estabelecido a consumidor final, único ou máximo, fixado por órgão público competente, ressalvadas as hipóteses previstas na alínea "c";

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

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

Efeitos de 28/12/2013 a 31/12/2014 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 46.389, de 27/12/2013:

"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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 fixado por órgão público competente nem divulgado por entidade representativa do segmento econômico.”

Efeitos de 12/08/2011 a 27/12/2013 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, III, ambos do Dec. nº 45.688, de 11/08/2011:

“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.”

Efeitos de 12/08/2011 a 27/12/2013 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, III, ambos do Dec. nº 45.688, de 11/08/2011:

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.”

Cabe informar que as mercadorias (medicamentos) constantes da autuação foram remetidas pela fornecedora Cifarma Científica Farmacêutica Ltda (CNPJ 17.562.075/0001-69), estabelecida no estado de Goiás. Parte dos medicamentos enviados foram fabricados pela filial da Cifarma, localizada em Santa Luzia/MG, conforme consta da resposta ao termo de intimação nº 01/2014 (Anexo 5 – fls. 203/211) e notas fiscais de transferência para a Cifarma/GO, acostadas às fls. 220/227 dos autos.

Mediante visita à unidade fabril da Cifarma, localizada em Santa Luzia/MG, a Fiscalização constatou que constava das embalagens dos medicamentos transferidos pela unidade mineira para o estabelecimento localizado em Goiás, a identificação do estabelecimento mineiro como fabricante dos medicamentos.

Relata a Fiscalização que em todas as notas fiscais destinadas à Orgafarma, ora Autuada, foram consignados indevidamente os CFOPs 6.101 (venda de produção do estabelecimento) e 6.401 (venda de produção do estabelecimento de produto sujeito à substituição tributária na condição de substituto).

A Autuada apurou e recolheu o ICMS/ST utilizando-se da base de cálculo prevista no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 do Anexo XV do RICMS/02, para todas as mercadorias, conforme demonstra as planilhas constantes do CD de fls. 229, aplicável às operações promovidas pelo estabelecimento fabricante.

No entanto, o cálculo do ICMS/ST, no caso em que os medicamentos são adquiridos em operações promovidas por contribuinte não fabricante, aplica-se o disposto no inciso II do art. 59 do Anexo XV do RICMS/02, supratranscrito.

Assim, o Fisco efetuou o cálculo do ICMS/ST devido, utilizando o programa Auditor Eletrônico, conforme Anexo 2 (Demonstrativo da apuração do

ICMS/ST parcela PMC – Mercadorias fabricadas em Minas Gerais) de fls. 33/80, em razão de tais mercadorias não serem produzidas pelo estabelecimento remetente (Cifarma Científica Farmacêutica Ltda, CNPJ 17.562.075/0001-69), utilizando como base de cálculo o preço máximo de venda ao consumidor – PMC, consoante o inciso II do supracitado art. 59 do Anexo XV do RICMS/02.

E para as mercadorias produzidas no estabelecimento remetente, em que a Autuada adotou a Margem de Valor agregado – MVA, de acordo com o inciso I do mesmo art. 59, apurou-se recolhimento a menor, conforme demonstrado no Anexo 3 (Demonstrativo da apuração do ICMS/ST parcela MVA – Mercadorias fabricadas em Goiás), fls. 81/159.

Instruem ainda os autos os anexos 4-A – Relatório de Códigos e Descrições de Produtos e suas Respectivas Regras PMC (fls. 160/179) e 4-B – Relatório de Códigos e Descrições de Produtos e suas Respectivas Regras MVA (fls. 180/201).

Dos valores apurados nos citados Anexos 2 e 3 foram deduzidos os valores recolhidos à título de ICMS/ST no período, conforme Demonstrativo da Diferença do ICMS/ST por Nota Fiscal, acostado às fls. 24/32 dos autos.

Em sua defesa, a Autuada alega que, em relação às mercadorias adquiridas da empresa Cifarma, estabelecida no Estado de Goiás, calculou e recolheu o imposto nos termos do regime especial concedido, com base nas informações prestadas pela empresa fornecedora, que se apresentou como estabelecimento industrial fabricante das mercadorias ao informar em suas notas fiscais o CFOP 6.101.

Sustenta que deve se nortear pelas informações que possui, exaradas nos documentos fiscais idôneos emitidos pelo fornecedor, bem como pelo cadastro do fornecedor nas Receitas Federal e Estadual, e que, no presente caso, consta do site da Receita Federal e no Sintegra que a empresa vendedora Cifarma/GO tem como atividade principal o CNAE 21.21.1-01 – Fabricação de medicamentos alopáticos para uso humano.

No entanto, tais argumentos não podem afastar a acusação fiscal.

Conforme informa o Fisco, os medicamentos remetidos pela fornecedora goiana, constantes do Anexo 5 do Auto de Infração, não foram fabricados por esta, que os envia na condição de distribuidor.

A Impugnante acosta documento às fls. 278/279, no qual a Cifarma/GO responde a questionamentos da Autuada (fls. 273/275), o que entende comprovar que a mesma é fabricante e promoveu a industrialização das mercadorias em sua unidade de Goiás, juntando registros dos produtos junto ao Ministério da Saúde/Anvisa, que lhe confere a titularidade dos medicamentos autuados.

Argui que a prova colhida pelo Fisco, constante do Anexo 5 não merece crédito e, principalmente, não pode prejudicar terceiros, no caso, a Impugnante.

No entanto, não lhe socorre os documentos acostados.

De fato, as informações prestadas pela Cifarma/GO apenas atestam que esta é a titular dos registros dos medicamentos junto à Anvisa. Em momento algum, a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fornecedora goiana afirma que industrializa os produtos enviados à Orgafarma, constantes do Anexo 5.

No citado documento, a Cifarma/GO responde que a sua atividade se encontra enquadrada nas Receitas Federal e Estadual como fabricante de medicamentos, que o seu estabelecimento goiano tem capacidade de produzir os medicamentos que são fabricados no seu estabelecimento localizado em Minas Gerais, e que todos os registros dos produtos estão vinculados à unidade de Goiás.

Questionada em qual estabelecimento da Cifarma seriam fabricados os produtos constantes do Anexo 5 do Auto de Infração e fornecidos à Autuada, responde que “os produtos de que trata o Anexo 5 são registrados na unidade GO e a produção compreende a utilização das duas estruturas (MG e GO)”.

Mais adiante, afirma que, de acordo com as especificidades de cada planta fabril, bem como por questões de logística, utiliza-se de ambas as estruturas no processo produtivo, ou seja, todas as mercadorias são de fabricação própria.

No entanto, não responde ao questionamento da Autuada (questão 3), por que razão o contador da Cifarma, em atendimento à intimação formal expedida à empresa, informou ao Fisco mineiro que as mercadorias listadas no Anexo 5 do Auto de Infração são produzidas exclusivamente na unidade mineira.

Quanto à utilização do CFOP 6101, utilizados nos documentos fiscais emitidos pela Cifarma, respondeu que “está correta uma vez que se originou de matéria-prima nacional (CST 000) tributada integralmente, tratando de saídas para fora do eEstado (origem Goiás) ou CST 010 (tributada e com cobrança de ICMS por ST), código 6401”.

No entanto, no Código Fiscal de Operações e Prestações CFOP 6.101 - Venda de Produção do Estabelecimento “classificam-se neste código as vendas de produtos industrializados ou produzidos pelo próprio estabelecimento. Também serão classificadas neste código as vendas de mercadorias por estabelecimento industrial ou produtor rural de cooperativa destinadas a seus cooperados ou a estabelecimento de outra cooperativa”, conforme disposto na Parte 2 do Anexo V do RICMS/02.

Como se vê, a Cifarma/GO não afirma que as mercadorias constantes do Anexo 5 do Auto de Infração foram produzidas na unidade de Goiás.

Já a Cifarma Farmacêutica Ltda, localizada em Lagoa Santa (MG), em resposta à intimação do Fisco de fls. 203, apresenta a planilha de fls. 205/211, contendo a relação completa dos produtos industrializados exclusivamente no seu estabelecimento, inclusive informa as quantidades produzidas no período de 2009 a 2013.

A Fiscalização acosta ainda, por amostragem, cópias das notas fiscais de transferência da Cifarma/MG para a Cifarma/Go, contendo as mercadorias relacionadas no Anexo 5.

Sustenta a Fiscalização que o fato dos registros dos medicamentos apresentarem o CNPJ da matriz, não significa que foram produzidos por esta, e que, nas embalagens primária e secundária dos medicamentos, como também nas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

embalagens de acondicionamento e transporte, por norma da Anvisa, deve ser apontado o CNPJ do estabelecimento fabricante.

De acordo com RDC nº 71/2009 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, que estabelece regras para a rotulagem de medicamentos, a embalagem do medicamento deve conter, além de outras informações, o nome e endereço da empresa titular do registro no Brasil e o nome e endereço da empresa fabricante, quando ela diferir da empresa titular do registro. Veja-se:

Art. 4º Para efeito deste Regulamento Técnico são adotadas as seguintes definições:

(...)

VI - embalagem: invólucro, recipiente ou qualquer forma de acondicionamento removível, ou não, destinado a cobrir, empacotar, envasar, proteger ou manter, especificamente ou não, medicamentos;

VII - embalagem de transporte: embalagem utilizada para transporte de medicamentos acondicionados em suas embalagens primárias ou secundárias;

(...)

IX - embalagem múltipla: embalagem secundária de medicamentos de venda sem exigência de prescrição médica dispensados exclusivamente nas embalagens primárias;

X - embalagem primária: embalagem que mantém contato direto com o medicamento;

XI - embalagem secundária: embalagem externa do produto, que está em contato com a embalagem primária ou envoltório intermediário, podendo conter uma ou mais embalagens primárias;

(...)

CAPÍTULO II

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS PARA OS RÓTULOS DE MEDICAMENTOS

Seção I

Das informações para as embalagens secundárias

Art. 5º Os rótulos das embalagens secundárias de medicamentos devem conter as seguintes informações:

I - o nome comercial do medicamento;

(...)

XI - o nome e endereço da empresa titular do registro no Brasil;

XII - o nome e endereço da empresa fabricante, quando ela diferir da empresa titular do registro, citando a cidade e o estado, precedidos pela frase "Fabricado por:" e inserindo a frase

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"Registrado por:" antes dos dados da empresa titular do registro;

XIII - o nome e endereço da empresa fabricante, quando o medicamento for importado, citando a cidade e o país precedidos pela frase "Fabricado por" e inserindo a frase "Importado por:" antes dos dados da empresa titular do registro;

(...)

XV - o número do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) do titular do registro;

(Grifou-se).

Cabe mais uma vez destacar que a Fiscalização informou que, em visita à unidade fabril de Santa Luzia/MG da Cifarma, constatou que consta das embalagens dos medicamentos transferidos pela unidade mineira para o estabelecimento localizado em Goiás, a identificação do estabelecimento mineiro como fabricante dos medicamentos.

Não resta dúvidas de que os medicamentos constantes das notas fiscais autuadas foram produzidos pela filial mineira da Cifarma e não pela Cifarma/GO, que efetuou a venda para a Autuada.

Também faz prova nesse sentido, o fato de constar das notas fiscais de transferência da Cifarma/MG para a Cifarma/GO, os mesmos números dos lotes dos medicamentos adquiridos pela Autuada.

Para comprovar tal fato, a Fiscalização acosta aos autos cópias das Notas Fiscais nº 46.936, 47.974, 47.971 e 47.669 (fls. 691/697), que comprovam que os lotes dos medicamentos são os mesmos recebidos pela Orgafarma.

A Impugnante, analisando as citadas notas fiscais, aponta três casos em que não coincidem o número dos lotes de medicamentos apresentados pelo Fisco, por amostragem.

No entanto, os exemplos apresentados pelo Fisco se referem aos seguintes medicamentos, todos constantes da nota fiscal de venda da Cifarma/GO para a Autuada nº 46.936 (fls. 392/693), com os mesmos números de lotes das notas fiscais de transferência da Cifarma/MG para a Cifarma/GO:

- Varicoss 20 DR – Nota Fiscal nº 47.974 – Lote 1EH46;
- Neralgyn 20 DR – Nota Fiscal nº 47.971 – Lote 1EH19; e
- Vitergyl C 2 G – Nota Fiscal nº 47.669 – Lote EC57.

Os medicamentos listados pela Autuada, constantes da Nota Fiscal nº 46.936, com lotes diferentes das notas fiscais de transferência acima listadas, foram transferidos, mediante a emissão de outras notas fiscais, as quais a Fiscalização acosta às fls. 714/716:

- Dorciflexin 24 blister – Nota Fiscal nº 47.141 - Lote 1EB93,
- Gripeol 200 cps - Nota Fiscal nº 46.942 – Lote 1DV13, e

- Viterygl C2G 10 cp eferv – Nota Fiscal nº 47.669 – Lote 1EC57.

Destaca a Fiscalização, que nem todos os medicamentos transferidos pelo estabelecimento mineiro são revendidos à Orgafarma, mas que todos os medicamentos que são revendidos à Orgafarma, relacionados no Anexo 2 da autuação, são provenientes da filial mineira.

Assim sendo, não restam dúvidas quanto ao fato de que todos os medicamentos listados no Anexo 2 da presente autuação, não foram fabricados pelo estabelecimento remetente, embora este possua o registro destes na Anvisa.

Noutra toada, a Impugnante argui que o lançamento não deve prosperar em razão de que a norma dos medicamentos distingue o “fabricante” do “não fabricante” sem condicionar onde ocorre a fabricação. A palavra “fabricante” desprovida dos antecedentes “estabelecimento” ou industrial” não tem o condão de definir onde ocorre a fabricação e, portanto, não tem os efeitos pretendidos pelo Fisco.

Argui que a distinção de tratamento é resultado do disposto no art. 222 do RICMS/02, inciso II e § 3º.

Entende que a empresa que fabrica os medicamentos é a Cifarma, e que os dois estabelecimentos mineiro e goiano, estando enquadrados como estabelecimento industrial fabricante, mesmo que adquira mercadorias fabricadas pela Cifarma/MG, por meio da remetente Cifarma/GO, estaria correto o cálculo do ICMS/ST de acordo com o disposto no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 c/c o art. 59, inciso I do Anexo XV do RICMS/02.

Argui a Impugnante que se aplica o Preço Máximo de Venda ao Consumidor – PMC apenas quando a aquisição for de estabelecimentos não enquadrados como fabricantes, ou seja, distribuidores e atacadistas.

No entanto, não cabe razão à Impugnante.

O conceito de industrial fabricante foi estabelecido de forma objetiva pelo art. 222 do RICMS/02. Veja-se:

Art. 222. Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

(...)

II - industrialização é qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, observado o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo, tais como:

a) a que, exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, importe em obtenção de espécie nova (transformação);

(...)

c) a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e da qual resulte um novo produto ou unidade autônoma (montagem);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 3º Considera-se industrial fabricante aquele que realiza, em seu próprio estabelecimento, as operações referidas nas alíneas “a” e “c” do inciso II do caput deste artigo.

Numa interpretação sistemática da legislação tributária, têm-se que, relativamente às mercadorias listadas no item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, a base de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária, nas operações promovidas por contribuinte não fabricante, é: a) o preço estabelecido a consumidor final, único ou máximo, fixado por órgão público competente, ressalvadas as hipóteses previstas na alínea “c”; b) o preço máximo de venda a consumidor divulgado por entidade representativa do segmento econômico para a mercadoria, ressalvadas as hipóteses previstas na alínea “c”.

Contribuinte não fabricante é aquele que não realiza em seu próprio estabelecimento, as operações de industrialização listadas nas alíneas “a” e “c” do inciso II do art. 222 do RICMS/02 (transformação e montagem).

Assim, em relação às mercadorias autuadas, constantes do Anexo 5 do Auto de Infração, o remetente não se enquadra como industrial fabricante destas, uma vez que não realiza nenhuma operação de industrialização em tais mercadorias. A industrialização ocorre em outro estabelecimento do mesmo titular, estabelecimento este autônomo.

O ICMS rege-se pelo “Princípio da Autonomia” dos estabelecimentos, o que significa dizer que os estabelecimentos de um mesmo contribuinte são autônomos, no tocante ao cumprimento das obrigações principal e acessória do imposto, a teor da regra posta no art. 24 da Lei nº 6.763/75 bem como, do art. 59, inciso I do RICMS/02, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75:

Art. 24. Considera-se autônomo cada estabelecimento produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, comercial e importador ou prestador de serviços de transporte e de comunicação do mesmo contribuinte.

§ 1º Equipara-se ainda, a estabelecimento autônomo:

(...)

d) cada um dos estabelecimentos do mesmo titular.

RICMS/02:

Art. 59 - Considera-se autônomo:

I - cada estabelecimento do mesmo titular situado em área diversa

Em outras palavras, a apuração da base de cálculo do ICMS/ST das mercadorias listadas no item 15 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, quando adquiridas de estabelecimento que não seja o industrial fabricante, rege-se pela norma contida no inciso II do art. 59 da Parte 2 do referido Anexo.

A Autuada argui que recente alteração promovida pelo Decreto nº 46.696/14 no RICMS/02, estabeleceu condição de igualdade entre os estabelecimentos industriais do mesmo titular que possuem registro na Anvisa, permitindo que seja aplicada a base de cálculo, exatamente como efetuado pela Impugnante.

Requer a aplicação das alterações promovidas pelo Decreto nº 46.696/14, ao presente caso, nos termos do art. 106 do CTN, e que o art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 seja o aplicado para a definição da base de cálculo do ICMS/ST.

No entanto tal aplicação retroativa não se revela possível.

Importa destacar que as mudanças introduzidas no RICMS/02, com a edição do Decreto nº 46.696/14, tem vigência a partir de 01/01/15. Assim, o lançamento deve se reportar à data do fato gerador e se reger pela lei então em vigor, conforme preceitua o art. 144 do CTN.

Art. 144. 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.

Nos termos do art. 106 do Código Tributário Nacional, têm-se as regras para aplicação retroativa das normas tributárias, a saber:

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.

Depreende da leitura do dispositivo legal supratranscrito, as hipóteses em que deve a legislação tributária retroagir seus efeitos para atingir fato pretérito. Contudo, nenhuma destas hipóteses amolda-se ao caso dos autos.

Conforme se verifica, a alteração do art. 59 do Anexo XV do RICMS/02 e seus incisos, por meio do Decreto nº 46.696/14, com vigência a partir de 01/01/15, não tratou em nenhum momento da definição de infração e suas penalidades, mas sim, de estabelecer critérios para a aplicação da base de cálculo do imposto devido a título de substituição tributária para operações promovidas por contribuinte não fabricante, no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

caso, a prevista no art. 19, inciso I, alínea "b", item 3 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

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:

(...)

II - nas operações promovidas por contribuinte não fabricante, observada a ordem:

a) o preço estabelecido a consumidor final, único ou máximo, fixado por órgão público competente, ressalvadas as hipóteses previstas na alínea "c";

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

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

1. quando promovida por estabelecimento 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;

2. quando promovida por estabelecimento importador 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 promovida por centro de distribuição de mesma titularidade do fabricante que opere exclusivamente com produtos recebidos em transferência do industrial fabricante;

4. quando promovida por distribuidor exclusivo do detentor do registro da mercadoria junto ao órgão público regulador de que trata o art. 12 da Lei Federal nº 6.360, de 1976, assim entendido o estabelecimento que possuir autorização legal específica para a comercialização do medicamento, concedida pelo titular do registro, nos termos do art. 3º da Portaria MS nº 2814, de 29 de maio de 1998 e que seja contribuinte interdependente, controladora, controlada ou coligada ao estabelecimento detentor do registro e que esteja enquadrado nesta categoria por meio de portaria da Superintendência de Tributação, observado o disposto no art. 59-F desta Parte;

5. quando a mercadoria não tiver seu preço máximo de venda a consumidor fixado por órgão público competente nem divulgado por entidade representativa do segmento econômico.

Cabe registrar que a Autuada não se manifestou quanto à acusação fiscal de cálculo incorreto relativamente aos demais produtos sujeitos à base de cálculo prevista

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 do Anexo XV do RICMS/02, nem da falta de recolhimento do imposto relativo às Notas Fiscais de nºs 82.172 e 82.187.

Registra-se por derradeiro, não ser possível o acionamento do disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional, uma vez que não restou nenhuma dúvida quanto às circunstâncias materiais ou capitulação legal dos fatos narrados, quanto à autoria, imputabilidade, punibilidade, natureza ou graduação das penalidades exigidas.

As questões de cunho constitucional alegadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA “a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda”.

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências, legítimo é o lançamento.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 11/05/16. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir requerimento de juntada de documentos protocolados em 14/04/2016, os quais foram devolvidos, nesta ocasião, ao Procurador da Autuada. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencido, em parte, o Conselheiro Fernando Luiz Saldanha que o julgava parcialmente procedente devendo ser excluídas as exigências fiscais em relação aos medicamentos objeto da autuação que, em fase de liquidação, não reste comprovado que foram remetidos do estabelecimento da CIFARMA/MG para a de Goiás, através dos lotes dos medicamentos adquiridos pela Impugnante, nos mesmos termos determinados pela 2ª Câmara às fls. 781 dos autos. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros José Luiz Drumond (Revisor), Fernando Luiz Saldanha e Andréia Fernandes da Mota.

Sala das Sessões, 25 de maio de 2016.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.061/16/2 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000226642-61	
Impugnação:	40.010137193-01	
Impugnante:	Orgafarma Organização Farmacêutica Ltda. IE: 062009466.00-92	
Proc. S. Passivo:	Marcelo Jabour Rios/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-4 - Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Fernando Luiz Saldanha, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de janeiro de 2012 a maio de 2014, referente às mercadorias adquiridas de contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação, em razão das seguintes irregularidades:

- não observância do disposto no art. 59, inciso II, alíneas “a” e “b” do Anexo XV do RICMS/02 para apuração da base de cálculo do imposto dos produtos de que trata o item 15 da Parte 2 de tal Anexo (medicamentos e outros produtos farmacêuticos), não fabricados pelo remetente (Anexo 2);

- cálculo do imposto incorreto (a menor) relativamente aos demais produtos sujeitos à base de cálculo prevista no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 do Anexo XV do RICMS/02 (Anexo 3);

- falta de recolhimento do imposto relativo às notas fiscais de nºs 82.172 e 82.187 (Anexo 3).

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Com a devida vênia à decisão majoritária que julgou procedente o lançamento, diverge este conselheiro da avaliação probatória em relação aos medicamentos objeto da autuação que não reste comprovado que foram remetidos do estabelecimento da CIFARMA/MG para o estabelecimento CIFARMA de Goiás, através dos lotes dos medicamentos adquiridos pela Impugnante, nos mesmos termos determinados pela 2^a Câmara às fls. 781 dos autos.

Os argumentos apresentados pela Impugnante, considerados para o presente voto são:

- que a Impugnante sempre se baseou nas informações prestadas pelo remetente em seus documentos fiscais, para cálculo do imposto, e no cadastro do fornecedor nas Receitas Federal e Estadual, que informa que a empresa vendedora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cifarma/Go tem como atividade principal o CNAE 21.21.1-01 – Fabricação de medicamentos alopáticos para uso humano;

- que os documentos acostados, contendo resposta formal da Cifarma a respeito da origem dos medicamentos que ensejaram o Auto de Infração em discussão, comprovam que a mesma é fabricante e promoveu a industrialização das mercadorias em sua unidade de Goiás, juntamente com os registros dos produtos junto ao Ministério da Saúde/Anvisa, que lhe conferem a titularidade dos medicamentos autuados;

- que não houve nenhum planejamento fiscal ou benefício apurado pela Impugnante que tenha sido desconstituído pela Fiscalização.

De sua parte a Fiscalização, apresenta os seguintes contra-argumentos:

- que, de acordo com a Consulta de Contribuinte nº 171/12 e com o art. 59, inciso I do Anexo XV do RICMS/02, a utilização da MVA somente se aplica às aquisições diretas do estabelecimento fabricante;

- que a empresa fornecedora dos medicamentos, estabelecida em Goiás, possui o CNAE principal de industrial e secundário de comércio atacadista, efetuando a industrialização de diversos medicamentos em Minas Gerais que, são posteriormente transferidos para a matriz em Goiás, produtos estes já acabados e prontos para comercialização;

- que a Cifarma/GO adota equivocadamente o CFOP 6.101, nas remessas para a Impugnante, visto que não houve qualquer processo de industrialização nesta empresa;

- que o fato dos registros dos medicamentos apresentarem o CNPJ da matriz, não significa que foram produzidos por esta, e que, nas embalagens primária e secundária dos medicamentos, como também nas embalagens de acondicionamento e transporte, por norma da Anvisa, deve ser apontado o CNPJ do estabelecimento fabricante;

- que, no caso dos produtos em que se exige o imposto calculado pelo PMC, constavam, em todas as embalagens, o CNPJ do estabelecimento mineiro da Cifarma;

- que tais medicamentos foram transferidos da filial mineira para a matriz de Goiás, constando nas notas fiscais de transferência os lotes dos medicamentos, que são os mesmos dos medicamentos adquiridos pela Autuada.

Assim, o ponto controvertido fixa-se no estabelecimento em que foram fabricados os medicamentos objeto das exigências fiscais.

Veja que se fabricados no estabelecimento mineiro a razão cabe à Fiscalização e se fabricados no estabelecimento de Goiás correta foi a base de cálculo adotada pela Impugnante.

As provas trazidas pela Impugnante, ou seja, que o estabelecimento de Goiás estava autorizado a fabricar os referidos medicamentos pelos órgãos reguladores do setor e de que, conforme Código Fiscal de Operação (CFOP), constante dos documentos de aquisição dos medicamentos, levaram ao entendimento da mesma da correção da base de cálculo adotada para a tributação do ICMS substituição tributária

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

levaram à Câmara de Julgamento a determinar que a Fiscalização elabora-se demonstrativo correlacionando **todos** os lotes dos medicamentos adquiridos pela Impugnante, objetos da autuação, com as notas fiscais de remessa do estabelecimento CIFARMA/MG para o de Goiás.

Destaca-se que o comércio de medicamentos é identificado por lotes constantes nos documentos fiscais que acobertam o transporte dos mesmos e que a Fiscalização atendeu apenas em parte a determinação da Câmara de julgamento.

As folhas 1049 dos autos, a Impugnante apresenta a relação de notas fiscais objeto da autuação que não foram contempladas pela análise fiscal em atendimento a determinação da Câmara de Julgamento.

Assim, embora a filial da Cifarma, empresa estabelecida em Minas Gerais, em atendimento à intimação do Fisco, tenha apresentado relação dos medicamentos exclusivamente fabricados em seu estabelecimento, conforme planilha de fls. 205/211 dos autos, entende este Conselheiro, que sendo a prova possível, uma vez que, necessariamente, o comércio de medicamentos é perfeitamente identificado pelo número do lote, ao não efetuar a correlação requerida pela Câmara de Julgamento, fica afastada a presunção adotada pela Fiscalização com base na declaração da Cifarma/MG, devendo assim prevalecer nestes casos os argumentos e provas apresentados pela Defesa.

Diante do exposto, devem ser excluídas as exigências fiscais em relação aos medicamentos objeto da autuação que, em fase de liquidação, não reste comprovado que foram remetidos do estabelecimento da CIFARMA/MG para o de Goiás, através dos lotes dos medicamentos adquiridos pela Impugnante, nos mesmos termos determinados pela 2ª Câmara às fls. 781 dos autos.

Sala das Sessões, 25 de maio de 2016.

Fernando Luiz Saldanha
Conselheiro