

Acórdão: 15.261/01/1^a
Impugnação: 40.010104688-89
Impugnante: Lopes Produtos Farmacêuticos Ltda.
PTA/AI: 01.000138363-64
Inscrição Estadual: 707.035311.00-60
Origem: AF/Varginha
Rito: sumário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Alegação de não retenção do imposto amparada em Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cujos efeitos já fora cassado. Infração caracterizada. Razões de defesa incapazes de ilidir o feito fiscal. Exigências fiscais mantidas.

ALÍQUOTA DE ICMS – UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Vendas, em operações internas de cosméticos e maquiagens tributadas a 18% quando a previsão legal era de 25%. Infração caracterizada, nos termos do artigo 43, inciso I, alínea “a. 7” do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Venda, em operação interna, do produto “Daí-Natha Solução Tópica” sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST. Exclusão das exigências fiscais com fulcro no artigo 112, inciso II do Código Tributário Nacional.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades:

- 1) vendas de medicamentos destinadas a empresa Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda., sem a retenção e o recolhimento do ICMS/Substituição Tributária;
- 2) vendas em operações internas de cosméticos e maquiagens tributadas a 18% quando a previsão legal era de 25%;
- 3) vendas em operações internas do medicamento “Dai-natha Capilar”, sem a retenção e o recolhimento do ICMS/Substituição Tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 27/40, aos seguintes argumentos:

- a exigência de recolhimento do ICMS por substituição tributária no Estado de Minas Gerais é ilegal pois não existe lei estadual em Minas Gerais atribuindo de modo expresse a responsabilidade ao substituto tributário;

- a empresa Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda. ao revender as mercadorias a terceiros já recolheu o ICMS incidente na operação. Na substituição tributária o que se tributa é o ICMS incidente na operação subsequente, e portanto nenhum imposto pode ser cobrado duas vezes;

- faz relação entre a substituição tributária e a solidariedade prevista no artigo 125, inciso I do Código Tributário Nacional;

- o legislador constituinte reservou à lei complementar a competência para dispor sobre substituição tributária, e desta forma a Lei Complementar n.º 87/96 dispôs sobre referido tema;

- o Estado de Minas Gerais não observou o exigido na Lei Complementar n.º 87/96 pois delegou ao Poder Executivo a competência para atribuir a responsabilidade por substituição tributária, o que é inconstitucional e ilegal;

- cita decisão do Tribunal de Justiça Mineiro;

- o Estado de Minas Gerais não pode exigir pagamento do ICMS por substituição tributária de industrial ou fabricante de medicamentos sem que lei estadual atribua expressamente a condição de substituto tributário.

Requer ao final a procedência da Impugnação, bem como a produção de prova pericial.

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 55/56, aos seguintes fundamentos:

- a defesa apresentada restringiu-se na arguição de ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação do instituto da substituição tributária sobre medicamentos, o que prejudica qualquer tipo de manifestação fiscal nos termos do artigo 88, inciso I da CLTA/MG;

- o Impugnante apesar de questionar a legalidade da substituição tributária em Minas Gerais, em diversas outras operações reteve e recolheu o ICMS por substituição tributária;

- a perícia requerida foge ao objeto dos autos.

Por fim pede o indeferimento da perícia requerida e a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades:

1) vendas de medicamentos destinadas a empresa Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda., sem a retenção e o recolhimento do ICMS/Substituição Tributária;

2) vendas em operações internas de cosméticos e maquiagens tributadas a 18% quando a previsão legal era de 25%;

3) vendas em operações internas do medicamento “Dai-natha Capilar”, sem a retenção e o recolhimento do ICMS/Substituição Tributária.

Da Prova Pericial

Quanto à perícia requerida ressaltamos que a mesma em nada acrescenta aos fatos não contribuindo para o deslinde da questão.

Ademais a prova pericial só deve ser realizada quando do conjunto de provas dos autos não for possível definir-se com clareza a infração imputada ao contribuinte.

Nesta linha entendemos que a perícia pleiteada pelo Impugnante além de não preencher os pressupostos essenciais à sua realização, ainda que realizada não traria nenhum elemento novo para o deslinde da questão.

Portanto entendemos que o pedido de perícia não deva ser acolhido.

Do Mérito

Inicialmente alega o Impugnante que a exigência de recolhimento do ICMS mediante substituição tributária é ilegal.

Aduz ainda que o Estado de Minas Gerais não observou o disposto na Lei Complementar nº 87/96 ao delegar a competência para dispor sobre substituição tributária ao Poder Executivo, e esta delegação afronta a Constituição Federal de 1988.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que foge a competência deste Conselho de Contribuintes o controle de constitucionalidade das Leis, pelo que rege o artigo 88 da CLTA/MG:

“Art.88 - Não se incluem na competência do órgão julgador :

I - a declaração de inconstitucionalidade ou negativa da aplicação de lei, decreto ou ato normativo;

.....”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como se vê não é o Conselho de Contribuintes hábil a fazer o controle difuso de constitucionalidade da legislação tributária ou o direto pelo que rege o artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal de 1988:

“Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

.....”

No decorrer da peça impugnatória temos também a observação que o ICMS já foi recolhido quando da revenda das mercadorias a terceiros pela empresa Medcal Produtos Farmacêuticos Ltda., o que demonstraria que o imposto não pode ser cobrado duas vezes, no entendimento do Impugnante.

Insta observar que apesar de estar questionando a substituição tributária, o Impugnante em outras operações reteve e recolheu o ICMS devido por substituição tributária o que demonstra incoerência entre os procedimentos que já adotou e os que vêm adotando.

Ademais temos por correta a exigência fiscal relativa às vendas de medicamentos para a empresa Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda. por estar o recolhimento do ICMS mediante substituição tributária para esta operação devidamente previsto na legislação tributária.

Temos também que em diversas operações internas promoveu vendas de cosméticos e maquiagens aplicando erroneamente a alíquota de 18% e não de 25%. O artigo 43, inciso I, alínea “a.7” da Parte Geral do RICMS/MG determinou que nas operações com cosméticos a alíquota é de 25%. Portanto, temos que erroneamente o Impugnante aplicou a alíquota de 18%, o que o obriga a recolher a diferença.

Relativamente à venda em operação interna do produto “Dai-Natha Capilar” temos que a mesma ocorreu sem a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

No entanto, da análise dos autos não temos certeza se o produto “Dai- Natha Capilar” consiste em cosmético ou medicamento. O Código de Atividade Econômica - CAE do Impugnante não nos permite esclarecer esta dúvida e diante da mesma não temos ciência se efetivamente a operação está sujeita à alíquota de 25%.

Ora, do exposto, evidencia-se que, houve dúvida quanto à irregularidade e a natureza da operação praticada, desta forma não podemos precisar qual o fato gerador ocorrido.

Dispõe o artigo 112, inciso II, do Código Tributário Nacional:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

.....
II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;
.....”

Da inteligência do artigo supra depreende-se o princípio da estrita legalidade tributária, que, segundo a ilustre Professora Maria de Fátima Ribeiro, *“traz consigo uma tipificação rigorosa, qualquer dúvida sobre o perfeito enquadramento do conceito do fato ao conceito da norma compromete aquele postulado básico que se aplica com a mesma força no campo do direito penal in dubio pro reo.”*

Portanto, temos por excluída a exigência fiscal relativa às vendas com o produto “Dai- Natha Capilar”.

Os demais argumentos apresentados pelo Impugnante não são suficientes para descaracterizar integralmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia formulado pelo Impugnante, nos termos do artigo 116, inciso I da CLTA. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir do crédito tributário as exigências relativas ao item “2” do Auto de Infração, referentes ao produto “DAI-NATHA Solução Tópica”, com fulcro no artigo 112, inciso II, do Código Tributário Nacional. Vencida, em parte, a Conselheira Maria de Lourdes Pereira de Almeida que o julgava procedente. Participou também do julgamento, o Conselheiro José Eymard Costa (Revisor).

Sala das Sessões, 09/10/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

MLR/RC