

Acórdão: 15.944/02/1^a
Impugnação: 40.010107058-13
Impugnante: Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S/A
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda
Proc. S. Passivo: Natanael Martins/Outros
PTA/AI: 01.000139512-79
CNPJ: 33.060740/0001-72(Autuada)
Origem: DIF/ Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a venda de medicamentos por estabelecimento industrial do Estado do Rio de Janeiro a contribuinte mineiro sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST, conforme disposto nos artigos 824 do RICMS/91 e 237 do Anexo IX, do RICMS/96. Acolhimento parcial das razões da Impugnante conforme reformulação do crédito tributário promovida pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre operações realizadas pela Autuada de saídas de medicamentos sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária para o contribuinte mineiro Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda, sem o destaque e o recolhimento do imposto devido. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 91 a 119 e 265 a 268, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 300 a 308 e 321 a 322.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 326 e 371, que resultam nas manifestações de fls. 332 a 369 e 374 a 390 e na reformulação do crédito tributário às fls. 391 a 392.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 494 a 505, opina pela procedência parcial do lançamento para que se acate a reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco às fls. 391 a 392.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Preliminar 1:

A Impugnante alega que a Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda (Coobrigada) teve concedido o direito definitivo de não ver recolhido o ICMS por substituição de suas operações, em decisão do REsp. nº 58.512-0 e que não lhe restava outra alternativa senão a de seguir a determinação judicial, visto que arcava com obrigação de outrem, tal como ocorre com o mecanismo de substituição tributária.

Entende que, somente pelo fato de possuir inscrição estadual no Estado de Minas Gerais, não pode ser responsabilizada por débito tributário que não lhe diz respeito, especialmente se o contribuinte do Estado, em nome do qual se encontra obrigada a recolher o ICMS, se diz responsável por quaisquer efeitos decorrentes de medida judicial que confere ao mesmo o direito de não ser compelido ao pagamento antecipado do imposto por intermédio do sistema da substituição tributária, decisão essa que, obviamente, obriga a Impugnante ao seu cumprimento, sob as penas da lei;

O Fisco, ao invés de enviar os autos à Procuradoria, optou por anexar ao presente processo cópia do Parecer da Procuradora da Fazenda Estadual Nílber de Andrade onde esta pronuncia-se pela não aplicabilidade do artigo 11 da CLTA/MG e se manifesta pela necessidade do julgamento na esfera administrativa de outros PTA's em nome da Coobrigada, nos quais a mesma alega idêntico direito de não ver recolhido o ICMS por substituição tributária de suas operações, baseando-se, para tanto, na mesma decisão do REsp. nº 58.512.

A Douta Procuradora expõe claramente a posição já sedimentada do STF que declarou a existência de coisa julgada de decisão proferida em outro processo com as mesmas partes e mesma causa de pedir, decisão esta que foi desfavorável à empresa Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda e esclarece que a empresa Medcall não tem qualquer demanda proferida a seu favor.

Tendo sido dada vista do referido parecer aos sujeitos passivos, apenas a Autuada (Schering Plough) manifesta-se, sob a alegação de que, se efetuasse a retenção, estaria descumprindo ordem judicial emanada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Conforme afirmação da Procuradoria, às fls. 318, a certidão cartorial, a que se refere a Autuada, colaciona o andamento do processo, mas só menciona o julgamento do agravo até onde lhe interessa, não fazendo constar que a falta de objeto do agravo decorreu do reconhecimento da coisa julgada, como referido acima.

Em outras palavras, a Fazenda Pública reverteu o julgamento do REsp. 58.512-0, ficando claramente comprovado que não está em vigor qualquer medida

impeditiva do procedimento fiscal e que a argumentação em torno de suposta segurança definitiva obtida pela Coobrigada no âmbito judicial é apenas protelatória.

Ainda que a empresa Medcall tivesse qualquer demanda proferida a seu favor, a simples decisão de um mandado de segurança não poderia impor conduta a terceiro que não fez parte no processo, a não ser que este fosse oficiado pelo juízo que concedeu a ordem, o que não ocorreu na hipótese concreta.

Não procede, pois, a arguição da Autuada de que fora erroneamente eleita para figurar no pólo passivo do lançamento uma vez que não havia razão para a mesma, enquanto substituta tributária, deixar de proceder ao destaque e conseqüente recolhimento do ICMS/ST.

Preliminar 2:

Entende a Impugnante que, no caso em questão, a fiscalização, ao não especificar a correta capitulação da suposta infração praticada e demonstrar a constituição dos cálculos do montante do suposto crédito tributário, certamente afrontou o disposto no art. 142 do CTN e comprometeu o trabalho fiscal que não pode prosperar, diante do nítido cerceamento de defesa que lhe foi imputado.

Ocorre, entretanto, que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza da infração e a pessoa do infrator.

Além do mais, a citação dos dispositivos infringidos e cominativos da penalidade está correta, sendo que todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos no art. 142 do CTN e nos artigos 57 e 58 da CLTA/MG, foram observados, não tendo procedência a arguição de nulidade do mesmo.

Preliminar 3:

A Impugnante argumenta que, apesar do Fisco mencionar que utilizou a multa de revalidação de 50%, o que se verifica nos demonstrativos é a aplicação da multa de 100%.

A multa de revalidação exigida encontrava-se, em relação ao período objeto da autuação, prevista na legislação tributária mineira no artigo 56, inciso III, da Lei 6763/75, sendo multa de caráter punitivo, exigida em função da falta de pagamento do imposto (obrigação principal), detectada através de ação fiscal.

No caso dos autos, o que ocorreu foi que a MR de 50% sobre o valor do imposto encontra-se majorada, tendo sido cobrada em dobro, em função de tratar-se de não retenção em decorrência de substituição tributária.

Preliminar 4:

Com relação ao que a Impugnante chama de efeito confiscatório dos juros de mora, não se tem o que discutir, face à perfeita adequação da imposição fiscal à legislação que regula a matéria, no caso, a Lei 6763/75, em seu artigo 226.

Ressalte-se que, no escopo do Auto de Infração, é encontrada a informação de que há exigência de juros de mora, nos termos da Resolução 2.880, de 13/10/1997.

Preliminar 5:

Com relação à taxa SELIC, a Impugnante alega faltar suporte jurídico para a sua aplicação, porém tal taxa encontra-se disciplinada pela Lei Federal 9.250/95 em seu art. 39, §4º, abaixo transcrito, e Lei Federal 9.430/96.

Art. 39º A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes.

(...)

§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

A cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado é disciplinada pela Resolução 2.880 de 13 de outubro de 1997, editada tendo em vista o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei 6763/75, que estabelecem vinculação dos critérios adotados para cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não-pagamento de tributos e multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais.

DO MÉRITO

O prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado, regra geral, pelo art. 173 do CTN, que para tanto estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, *ex vi* do disposto em seu inciso I.

Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte, a que alude o artigo 150, § 4.º, do CTN, quanto ao montante

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do artigo 149, inciso V, daquele Código.

Examinando a matéria, leciona Misabel de Abreu Machado Derzi:

“A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código.”

Pois bem, os fatos geradores evidenciados no feito, ocorridos no exercício de 1996, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2002.

Uma vez que o AI fora lavrado em 20/12/2001, e dele devidamente intimada a Autuada naquele mesmo dia (fls. 03), claro está que a formalização do crédito tributário, relativamente àquele período, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Não procede, portanto, a arguição de decadência.

O feito fiscal refere-se à realização, pela autuada Ind. Quím. e Farmacêutica Schering Plough S/A, de operações de saídas de medicamentos sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária para o contribuinte mineiro Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda, sem o destaque e o recolhimento do imposto devido.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 11 a 89, anexas ao Auto de Infração, tendo sido retificadas nas planilhas de fls. 394 a 472.

Estas planilhas contêm a descrição dos produtos, quantidade, valor unitário, descontos concedidos, além da base de cálculo do ICMS/ST e os valores de imposto devidos pelas operações próprias da Autuada e aqueles apurados a título de substituição tributária.

A exigência fiscal está embasada na legislação tributária mineira, mencionada no Auto de Infração, e editada em consonância com o Convênio ICMS nº 76/94, de 30 de junho de 1994.

A irregularidade praticada pela ora Impugnante consistiu na falta de retenção e recolhimento do imposto devido pelas subseqüentes operações realizadas pelo contribuinte destinatário estabelecido em Minas Gerais, no caso, Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A base de cálculo utilizada pelo Fisco para determinar a matéria tributável atende ao disposto no §2º, do artigo 22, da Lei 14.062/01, regulamentado pelo Dec. 42.713, de 26 de junho de 2002 (§1º do art. 1º), que determina que *"a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária com medicamentos é o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor final estabelecido no §1º do art. 2º da Portaria nº 37, de 11 de maio de 1992, do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento"*.

A citada Portaria previa no dispositivo acima mencionado que o preço máximo seria calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço do fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e seria único em todo o território nacional.

As listagens de preços apresentadas pelo estabelecimento industrial (fls. 375 a 381) permitiram a obtenção da indispensável certeza de que as bases de cálculo do ICMS/ST utilizadas pelo Fisco atendem às disposições da Portaria nº 37 do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento pois foram calculadas mediante a divisão do preço estabelecido pelo fabricante por 0,7 (zero vírgula sete).

Por meio das mesmas o Fisco pôde ainda constatar que alguns produtos sofreram reajuste de preços na fábrica no período considerado, razão pela qual o feito foi reformulado, quando então o valor original exigido a título de ICMS passou de R\$ 676.407,80 para R\$ 643.158,37.

Não houve mudança de critério utilizado para obtenção das bases de cálculo do ICMS/ST mas, tão somente, adequaram-se os preços de alguns produtos aos reais preços praticados pelo fabricante no período considerado.

Deve ser ressaltado que o Fisco, embora atendendo às disposições previstas no Decreto nº 42.713/02 e após encontrar as bases de cálculo do ICMS/ST pela divisão dos preços praticados pelo fabricante por 0,7, procedeu à redução destas em 10% de forma a atender, como afirma às fls. 392 dos autos, o disposto no parágrafo quarto da cláusula primeira do Convênio ICMS 04/95.

Revela-se inadequado este proceder fiscal, uma vez que, com a edição da Lei 14.062, de 20 de novembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 42.713, de 26 de junho de 2002, a base de cálculo do ICMS/ST com medicamentos a ser adotada passou a ser aquela prevista no §1º, do artigo 2º, da Portaria 37/92, do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento onde não há menção a qualquer redução na base de cálculo, tal como havia no Convênio ICMS 76/94, alterado pelo Convênio ICMS 04/95.

O abatimento da base de cálculo em 10% deve, entretanto, ser mantido, uma vez que revelou-se mais benéfico ao contribuinte, ficando o Fisco no direito de rever seu posicionamento, exigindo, em outro lançamento, a diferença glosada neste feito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A infringência e a penalidade estão corretamente capituladas no Auto de Infração e, uma vez que a Autuada deixou de reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, a multa de revalidação foi aplicada em dobro.

Ressalta-se, entretanto, a correção do proceder fiscal em aplicar a MR como o dobro de 50% do valor do imposto consoante o artigo 56, inciso II, § 2º da Lei 6.763/75, em razão da retroatividade da Lei 12.729/97, face o disposto no artigo 106 -II – "c"- do CTN.

O artigo 44, do RICMS/91 e o artigo 29, do RICMS/96, atribuem ao destinatário que receber mercadoria sujeita à substituição tributária sem a retenção do imposto, a responsabilidade pelo recolhimento da parcela devida.

Desta forma, restando clara a inexistência da retenção do imposto pelo remetente da mercadoria (substituto tributário), correta a eleição da empresa mineira Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda para também figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

A Impugnante junta aos autos demonstrativos de apuração e informação de ICMS relativos ao período autuado, objetivando comprovar que foi apurado saldo devedor bem como que houve recolhimentos dos valores apurados na maior parte do período objeto da autuação.

Ressalta que, ainda que não tenha havido o recolhimento antecipado do ICMS por substituição, em virtude da referida decisão judicial, a Impugnante efetuou o destaque do ICMS em operação própria e a Medcall, no momento da venda das mercadorias, destacou o ICMS na nota fiscal de saída, conforme comprovam os demonstrativos ora anexados.

Ainda que este procedimento tenha sido uma realidade, o fato é que o mesmo foi equivocado, uma vez que criou para os contribuintes em questão uma sistemática particular de tributação, com a qual não podemos concordar.

Aceitar tal procedimento seria negar a existência do instituto da substituição tributária e suportar as implicações que daí adviriam como, por exemplo, a impossibilidade de se confirmarem os índices de agregação aplicados na base de cálculo de entrada para compará-los com aqueles previstos em Regulamento.

Se a empresa mineira (Medcall), frente aos referidos destaques, entende ter recolhido imposto indevido, cabe-lhe proceder ao pedido de restituição de indébitos, que será objeto de análise da Fazenda Estadual em outro PTA.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as arguições de nulidade do Ato de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal, para que se acate a reformulação do crédito tributário feita pelo Fisco de fls. 391/392. Participaram do julgamento, além do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

signatário, as Conselheiras Lúcia Maria Bizzoto Randazzo(Revisora), Cláudia Campos Lopes Lara e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 18/12/02.

**Windson Luiz da Silva
Presidente/Relator**

WLS/EJ

CC/MG