

Acórdão: 14.845/02/2^a
Impugnação: 40.010103585-79
Impugnante: Adriano Coselli S/A Com. e Importação
Proc. S. Passivo: Evandro Alves da Silva Grili/Outros
PTA/AI: 01.000137470-01
CNPJ: 55.964464/0001-00-SP- (Autuada)
Origem: AF/ Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS E PRODUTOS FARMACÊUTICOS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a venda de medicamentos e produtos farmacêuticos por estabelecimento importador do Estado de São Paulo a contribuintes mineiros sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST, conforme disposto nos artigos 824 da Parte Geral e 237 do Anexo IX, ambos do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A atuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte, de ter deixado de reter e recolher o ICMS/ST, referente aos medicamentos e produtos farmacêuticos constantes das notas fiscais de sua emissão, no período de julho/96 a outubro/97.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 541/556 dos autos, aos seguintes argumentos:

- a exigência em comento contraria a ordem constitucional pois o fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria do estabelecimento e a base de cálculo o valor da operação. Nos termos da Constituição Federal de 1988 somente Lei Complementar poderá dispor sobre substituição tributária, e o Decreto-lei nº 406/68 foi recepcionado como tal trazendo as previsões mencionadas;

- nos termos do artigo 128 do Código Tributário Nacional o substituto deve ter vinculação direta com o fato gerador praticado pelo substituído e a legislação estadual não traz esta previsão;

- a Emenda Constitucional nº 03/93 não é legítima, ademais o Estado não trouxe a previsão de imediata e preferencial restituição tal como consta da Carta Maior;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- para reconhecimento da extraterritorialidade mineira é necessária a edição de Convênio, e o judiciário paulista lhe assegurou a não observância do disposto no Convênio nº 76/94, desta forma o veículo de alcance da legislação tributária mineira foi declarado ineficaz perante a sua empresa;

- não foi demonstrado inequivocamente que os adquirentes das mercadorias deixaram de efetuar o recolhimento, conforme determina o artigo 29 do RICMS/MG. O lançamento foi lavrado após 03 (três) anos da ocorrência da última operação questionada e nesta época o Fisco já possuía condições de apurar o valor real das vendas praticadas pelas empresas substituídas não possuindo respaldo legal a cobrança de tributo com base no preço sugerido.

Ao final pede o cancelamento do feito fiscal.

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado, às fls. 573/585, aduzindo o seguinte:

- a substituição tributária possui respaldo legal. Sendo a base de cálculo na substituição tributária determinada pelo artigo 8º, inciso II da Lei Complementar nº 87/96, bem como pela Lei nº 6.763/75, em seu artigo 13, § 1º;

- referida base de cálculo é definitiva, não obrigando o Estado a devolver ou o contribuinte a completar os valores ocorridos a maior ou a menor;

- a ação declaratória que autorizou a Impugnante a não observar o Convênio nº 76/94 somente tem aplicação dentro do Estado de São Paulo, sendo ineficaz para afastar a aplicação da legislação mineira;

- a responsabilidade atribuída ao destinatário pelo artigo 29 do RICMS/MG é supletiva, não retirando do remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST;

- houve infringência à legislação tributária estadual, cabendo portanto a aplicação da penalidade em dobro.

Por fim pede a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 595/598, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A atuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte, de ter deixado de reter e recolher o ICMS/ST, referente aos medicamentos e produtos farmacêuticos constantes das notas fiscais de sua emissão, no período de julho/96 a outubro/97.

A Impugnante em uma de suas alegações questiona a constitucionalidade da instituição do regime da substituição tributária no Estado de Minas Gerais, por entender

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que a mesma afronta a Constituição Federal de 1988 por ter sido instituída mediante Decreto do Executivo e não através de lei formal.

Entretanto, não é de competência deste Conselho de Contribuintes declarar a inconstitucionalidade da legislação aplicada ao feito fiscal pelo que se destaca o artigo 88 da CLTA/MG que determina não se incluírem na competência do órgão julgador “a declaração de inconstitucionalidade ou negativa da aplicação de lei, decreto ou ato normativo”.

Como se vê não é o Conselho de Contribuintes hábil a fazer o controle difuso ou direto de constitucionalidade da legislação tributária estadual respeitando o que rege a Constituição Federal de 1988.

As operações relativas a medicamentos e outros produtos, praticadas no período fiscalizado pela Impugnante, estão sujeitas às disposições normativas do Capítulo XXIV do Anexo IX do RICMS/96. Sendo assim, estão sujeitas ao regime da substituição tributária.

O artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96 em vigor na data das operações objeto da autuação estipulou como obrigação do estabelecimento industrial e importador situado em outra unidade da Federação, quando das remessas para contribuinte mineiro, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido pelas operações subsequentes, desta forma temos como inegável a obrigação por parte da Impugnante de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, tal como preconiza nossa legislação tributária.

Os medicamentos e produtos farmacêuticos enviados pela empresa Impugnante para as empresas localizadas no Estado de Minas Gerais entraram em nosso território sem o recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

A Impugnante observa também que nos termos do item 4 do §1º do artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96 a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária pode ser atribuída ao adquirente da mercadoria.

Entretanto insta esclarecer que na hipótese dos autos o imposto está sendo exigido do remetente das mercadorias e não do adquirente. A obrigação deste último, prevista no artigo 29 do RICMS/MG não exclui a do remetente.

Ademais em momento algum dos autos buscou a Impugnante comprovar que os adquirentes das mercadorias cujo imposto era devido mediante substituição tributária recolheu o mesmo ao cofre estadual.

Portanto, não tem a Contribuinte como alegar que o imposto está sendo cobrado em duplicidade, visto que, o simples ingresso das mercadorias em nosso Estado sem a retenção do imposto impõe que o ICMS seja recolhido pelo destinatário no Posto de Fiscalização ou via GNRE, quando não feito pelo remetente. Voltamos a enfatizar que na hipótese dos autos nem remetente nem adquirentes recolheram o imposto devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente à alegação da Impugnante de que conseguiu através de decisão judicial autorização do Poder Judiciário Paulista para não observar o disposto no Convênio nº 76/94 que dispõe sobre a substituição tributária do ICMS nas operações com medicamentos esclarecemos primeiramente que o Estado de São Paulo aderiu às disposições contidas em citado Convênio no tocante ao período fiscalizado e que referida decisão judicial somente tem alcance no âmbito do próprio Estado de São Paulo.

A Impugnante ao propor ação junto ao Poder Judiciário paulista visando não ter de cumprir o disposto no Convênio acima citado, buscou na prática estar desobrigada das exigências do Estado de São Paulo relativas à substituição tributária nas operações com medicamentos e produtos farmacêuticos.

Como salientado foi feita referência à referida ação judicial bem como à decisão favorável a sua autora. Acrescente-se no entanto que não foram acostados aos autos os documentos comprobatórios da existência desta decisão favorável. Ademais, a alegada decisão foi proferida para que a Fazenda Paulista não exigisse da Impugnante o cumprimento do disposto no Convênio nº 76/94, ou seja, não possui esta decisão alcance no território mineiro, demonstrando inequivocamente a obrigação da Impugnante de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido pelas operações que realizou.

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

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Mauro Rogério Martins (Revisor), Luiz Fernando Castro Trópia e José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 13/03/02.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora**

LMMP/EJ/JLS