

Acórdão:	15.483/02/3 ^a
Impugnação:	40.010104461.09
Impugnante:	Drogacenter Distribuidora de Medicamentos Ltda.
Proc. S. Passivo:	Evandro Alves da Silva Grili/Outro(s)
PTA/AI:	01.000138172.11
Inscrição Estadual:	435.249204.03-84
Origem:	DIF/SRE
Rito:	Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS E PRODUTOS FARMACÊUTICOS – CERAS, MASSAS DE POLIR E OUTROS PRODUTOS DA INDÚSTRIA QUÍMICA - FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS/ST – Constatada a falta da retenção do ICMS devido pela Autuada na condição de substituta tributária. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção do ICMS devido pela Autuada na condição de substituta tributária relativo a remessas de medicamentos, produtos farmacêuticos, ceras encáusticas, massas de polir, xadrez e pós assemelhados, silicones e corantes a contribuintes mineiros, constantes das notas fiscais relacionadas nos autos. Exige-se ICMS e MR (100%).

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 467/477), por intermédio de procurador regularmente constituído.

O Fisco, em manifestação de fls. 501/514, refuta as alegações da defesa.

Na fase de instrução processual, a Auditoria Fiscal determina a realização de diligência, despacho de fls. 518, que resulta na manifestação fiscal de fls. 553 e juntada de documentos de fls. 521/552.

Abriu-se vistas dos autos ao Autuado, conforme intimação de fls. 504/505, enviando ao mesmo a planilha de fls. 521/524 anexada pelo Fisco.

O Patrono da Autuada comparece aos autos, solicitando cópias dos documentos, manifestando-se a seguir, às fls. 559/561, onde reitera todos os termos da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

impugnação apresentada, acrescentando que a declaração de fls. 520, feita pelo Sr. Henrique Tonzar, não traz qualquer benefício ao Fisco; somente comprova que os documentos não haviam mesmo sido entregues à empresa, acrescentando que o referido declarante não é representante legal da firma e que não poderia jamais ter sido notificado do Auto de Infração.

O Fisco, em nova manifestação de fls. 562, informa que o Sr. Henrique Tonzar é representante legal da empresa, conforme procuração constante de fls. 490, entendendo que a Autuada não acrescentou nada que possa alterar o feito fiscal.

A Auditoria fiscal, em parecer de fls. 564/573, opina pelo não acatamento das arguições de nulidade do lançamento, cerceamento de defesa e decadência parcial apresentadas em preliminar e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A autuação em comento relata a falta de retenção do ICMS, por substituição tributária, relativo a remessas de medicamentos e outros produtos farmacêuticos, ceras encáusticas, massas de polir, xadrez e pós assemelhados, silicões e corantes a contribuintes mineiros, infração apurada com base nas notas fiscais, de emissão da Autuada, relacionadas nos autos.

A planilha de fls. 09/466 contém a indicação do número e data de emissão de cada nota fiscal objeto da autuação, especificando o valor das mercadorias tributáveis por ST, a base de cálculo e o valor do ICMS/ST devido, totalizando os valores apurados a cada mês, e a planilha de fls. 08 consolida os dados, demonstrando os totais de ICMS/ST apurados e os valores declarados e recolhidos pelo contribuinte a cada mês, apontando os valores da diferença de ICMS/ST devidos e da respectiva multa de revalidação exigidos no AI.

O patrono da Autuada pede, em preliminar, a nulidade do AI, ao argumento de que houve ofensa ao artigo 142 do CTN, em virtude do relatório do Auto de Infração não condizer com a realidade dos fatos demonstrados pelas próprias provas produzidas nos autos.

No entanto, não lhe assiste razão, na medida em que os valores recolhidos foram sempre inferiores aos valores devidos apurados pelo Fisco através da verificação das notas fiscais de saída emitidas pelo contribuinte, de forma que está plenamente caracterizada, nos autos, a falta de retenção (com a conseqüente falta de recolhimento) de ICMS/ST devido.

Os valores retidos, que foram declarados e recolhidos pelo contribuinte, correspondem a parte do total do ICMS/ST devido por este, enquanto que parte do ICMS/ST incidente nas operações realizadas não foi objeto de retenção e recolhimento. Os demonstrativos constantes dos autos, portanto, satisfazem plenamente o disposto no artigo 142 do CTN, na medida em que houve a determinação da matéria tributável, o

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cálculo do montante de tributo devido e a identificação do sujeito passivo, com a correspondente aplicação da penalidade prevista em lei.

Outra razão apontada pelo patrono da Autuada para justificar o pedido de nulidade do AI está na afirmativa de que o agente fiscal responsável não forneceu informação relativa aos documentos que foram autuados, limitando-se a oferecer ao contribuinte a totalização dos valores mensais exigidos, descumprindo o princípio de ampla defesa constitucionalmente garantido.

Em face de tal argumentação, apesar do Fisco afirmar o contrário por ocasião da manifestação fiscal, e tendo em vista que dos autos não constava a especificação dos anexos que teriam sido entregues ao contribuinte por ocasião da intimação do AI (fls. 03), a Auditoria Fiscal solicitou ao Fisco a renovação da entrega da planilha “Demonstrativo da Apuração do ICMS/ST” de fls. 09/466, reabrindo o prazo inicial para pagamento, parcelamento e/ou impugnação, na forma da lei, conforme diligência às fls. 518.

Elucidando a questão, o Fisco anexa aos autos declaração firmada pelo Sr. Henrique Tonzar, de fls. 520, atestando que ao receber a intimação do AI na condição de representante legal da empresa, com poderes para tal, conforme procuração juntada aos autos às fls. 490, recebeu também a íntegra dos demonstrativos de apuração do ICMS/ST, fato este que tornou desnecessária a renovação da entrega e a reabertura de prazo propostas.

No mérito, embora apontada como preliminar, outra questão levantada pelo patrono da Autuada é a que se refere à alegação de decadência parcial que estaria contaminando o lançamento, ao argumento de que o contribuinte foi intimado em 24.04.01, portanto as ocorrências anteriores ao mês de abril/96 estariam fulminadas pela decadência em virtude da ocorrência dos fatos geradores correspondentes ter se dado há mais de 05 (cinco) anos.

Entretanto, não assiste razão à Autuada, pois o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, em consonância com o disposto no artigo 173, inciso I do CTN (Lei 5.172/66).

Nos termos do bem elaborado parecer da Auditora Fiscal, “o tempo para a autoridade fazer a confirmação do lançamento termina em 5 (cinco) anos contados do fato gerador, se não o fizer considera-se homologado o lançamento tacitamente; no entanto, isto não quer dizer que a Fazenda não tem direito de examinar o procedimento do contribuinte. O prazo para a Fazenda rever o lançamento é o prazo decadencial previsto no art. 173, I do CTN podendo, dentro deste interregno que a lei lhe concede, postular créditos que porventura entenda existentes.”

Reiterando, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado pelo art. 173, I do CTN, que para tanto, regra geral, estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4.º, do mesmo diploma legal acima citado, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, do CTN.

Acerca desta matéria, Misabel de Abreu Machado Derzi, em nota, leciona com propriedade: *"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."*

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período anterior a abril/96, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2002.

Tendo sido a Impugnante regularmente intimada do AI aos 24.04.2001, claro está que a constituição 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 assiste, portanto, razão à Impugnante.

Ao expor suas razões de mérito, o patrono da Autuada inicialmente alega que a Fazenda estaria impossibilitada de cobrar o ICMS/ST relativo ao período de novembro de 1996 até setembro de 1997, uma vez que se encontrava abrigada por ordem judicial para ficar excluída das regras da substituição tributária, conforme acórdão exarado nos autos do Agravo de Instrumento n.º 77251/7, que deu provimento ao recurso para antecipar a tutela pretendida e excluir a empresa do regime de substituição tributária – documentos de fls. 482/485.

Entretanto, ele mesmo informa que já houve o julgamento de mérito – Apelação Cível n.º 92057/9, entre as mesmas partes e decorrente do mesmo feito, que reconheceu a legalidade do regime de sujeição passiva por substituição tributária, conforme documentos de fls. 478/481.

Desta forma, improcedentes são as alegações, na medida em que a obtenção da tutela antecipada não configura hipótese de extinção do crédito tributário, mas apenas suspende a sua exigibilidade, no período de sua vigência, como em qualquer ação declaratória, a teor do disposto no inciso V do artigo 151 do CTN.

Além do mais, vale ressaltar alguns aspectos importantes relativos à tutela antecipada, principalmente o caráter provisório que a reveste.

O artigo 273 do CPC prevê a possibilidade de antecipação pelo juiz, dos efeitos do provimento jurisdicional de mérito, sempre que se convença da verossimilhança das alegações do autor, demonstrada através de prova veemente e

robusta do fumus boni juris - e se houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterizando-se, ainda, o abuso do direito de defesa.

Entretanto, o § 2º deste dispositivo legal determina que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, ficando claro que a suspensão do ato **sempre assume caráter provisório**, ensejando revogação a qualquer tempo, por consubstanciar intervenção fulminante e vigorosa do Poder Judiciário na salvaguarda do plausível direito do impetrante, como igualmente da decisão de mérito porventura prolatada a final, se favorável àquele. Todavia, a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Esta revogabilidade justifica-se, porque a concessão da tutela apenas **ataca a eficácia do ato, mas não o extermína, de modo que permanece latente e pronto para retornar intacto** se as circunstâncias assim o permitirem. Ou seja, em hipótese alguma a concessão de tutela antecipada importa em julgamento antecipado do mérito.

No presente caso, a decisão de mérito adotada pela justiça na Apelação Cível N.º 16.835/1 (fls. 478/481), foi desfavorável à tese defendida pelo contribuinte, de forma que seus efeitos retroagem tornando o presente crédito tributário plenamente exigível, a partir de sua constituição definitiva.”

A exigência constante do Auto de Infração está devidamente fundamentada nos artigos 824 e 826 do Decreto 32.535/91 (vigente até 31.07.96) e artigos 237 e 302 do Anexo IX do Decreto 38.104/96 vigente a partir de 01.08.96, dispositivos legais estes devidamente relacionados no **AI**, que atribuem responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas subseqüentes dos produtos neles arrolados, ou na entrada para uso ou consumo, aos estabelecimentos situados em outra unidade da federação que efetuarem operação interestadual com contribuintes mineiros.

As disposições contidas no artigo 237 vigoraram até 20.11.97 em relação aos estabelecimentos situados no Estado de São Paulo, sendo que as exigências fiscais a partir desta data constantes do **AI** se referem somente aos produtos arrolados no artigo 302, que continua até hoje em vigência.

Os argumentos apresentados pela defesa, no sentido de que o imposto foi recolhido pelos destinatários durante o período de vigência da tutela antecipada, não pode prevalecer, na medida em que a Autuada não trouxe aos autos documentos que comprovem suas alegações.

Conforme bem colocou o Fisco, a responsabilidade prevista no artigo 29 do RICMS/96 é supletiva, não retirando do sujeito passivo responsável a obrigação de reter o ICMS/ST, de forma que pode o Fisco efetuar a exigência do contribuinte ou do responsável, sem com isso contrariar as regras do artigo 142 do CTN, uma vez que houve a perfeita identificação do sujeito passivo.

Por último, cabe refutar a alegação de que o Fisco deveria ter verificado o valor real das operações subseqüentes realizadas com as mercadorias constantes das notas fiscais autuadas para apurar o valor do imposto devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A base de cálculo a ser utilizada na apuração do ICMS devido por substituição tributária é legalmente determinada, a teor das disposições contidas no artigo 8º da LC 87/96 c/c artigos 825, 827 (Decreto 32.535/91) e 239, 303 (Anexo IX do Decreto 38.104/96), que foram observadas pelo Fisco na apuração do valor exigido, conforme demonstra a planilha exemplificativa por ele elaborada, anexada às fls. 521/552, juntamente com cópia das notas fiscais utilizadas a título de exemplo.

Além disso, a legislação tributária determina a definitividade do imposto corretamente recolhido por substituição tributária.

Neste sentido já dispunha o artigo 46 do Decreto 32.535 de 18 de fevereiro de 1991 em sua redação original, vigente até 27/05/94, quando entrou em vigor a redação dada ao artigo 32 do RICMS/91 pelo artigo 1º do Decreto 35.597 de 27/05/94, que manteve o mesmo conteúdo do antigo artigo 46.

Ressalte-se que a Lei Estadual 6763/75, em seu artigo 22 § 10º, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei 9.758 de 10/02/89 já previa a definitividade do imposto corretamente pago por substituição tributária.

A Lei Complementar n.º 87/96 em seu artigo 10º veio consolidar este entendimento, definindo no artigo 8º, inciso II c/c § 4º, as regras para determinação da base de cálculo do ICMS/ST, em consonância com o estabelecido no art. 146, III, “a” c/c art. 155, XII, “b” da Constituição Federal/88.

Engana-se, portanto, a Autuada, ao afirmar que teria direito à restituição do valor eventualmente recolhido a maior, pois demonstra estar confundindo o conceito de fato gerador presumido com o de base de cálculo.

Corretas, portanto, as exigências de ICMS/ST consubstanciadas no Auto de Infração, bem como da multa de revalidação em dobro, conforme disposto no artigo 56, inciso II, § 2º da Lei 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas e, no mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões. Pela Fazenda estadual, sustentou oralmente o Dr. Marismar Cirino Motta.

Sala das Sessões, 15/07/02

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente

Lúcia Maria Bizzotto Randazzo
Relatora