

Acórdão: 16.083/03/1^a
Recurso de Agravo: 40.030109569-31
Impugnação: 40.010107000-30
Impugnante: Merck S.A Indústrias Químicas (Aut.)
Coobrigada: Medcall Produtos Farmacêuticos (Coob.)
Proc. Suj. Passivo: Dalton Cecchetti Vaz e Outros (Aut.)
PTA/AI: 01.000139487-23
Inscrição Estadual: 048.771161.0010 (Aut.)
Origem: AF/DIF/SRE
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA – Através da perícia a Autuada pretende provar que o imposto ora exigido fora recolhido pela Coobrigada diretamente ao Estado de Minas Gerais, fora do regime de substituição tributário. Não cabe perícia para a produção de tal prova. Caso a Coobrigada, parte interessada, tivesse efetuado qualquer recolhimento a favor de MG, poderia ter apresentado os comprovantes ora questionados. Ademais, o imposto que se exige no Auto de Infração é aquele devido por substituição tributária e não o ICMS possivelmente recolhido no regime normal de tributação. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Constatada a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST referente às vendas de medicamentos a contribuinte mineiro, corretas as exigências de ICMS e MR (100%) nos termos dos art. 824 do RICMS/91 e 237, Anexo IX do RICMS/96. Não pode ser aceita a alteração/majoração efetuada pelo Fisco, posto que ocorreu após esgotado o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de medicamentos sujeitos à retenção do ICMS/ST para contribuinte mineiro (Medcall) sem o destaque e o recolhimento do imposto devido. O destinatário comunicou aos seus fornecedores que havia obtido liminar em mandado de segurança contra a SEF/MG visando não sujeitar-se ao recolhimento do ICMS/ST. O recurso foi julgado pelo STJ que restaurou a obrigação de recolhimento antecipado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seus representantes legais, impugnação às fls. 50/53, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 82/85.

Em nova Impugnação, de fls. 107/112, a Autuada aduz que o imposto está sendo exigido em duplicidade, posto que a Coobrigada o pagou ordinariamente.

A Auditoria Fiscal determina a realização de diligência de fls. 116, para que o Fisco esclareça como obteve a base de cálculo do ICMS/ST informada na coluna H do quadro de fls. 11 a 48.

O Fisco reformula o crédito tributário com base nas listagens de preços fornecidas pela Autuada (fls. 137/138).

A Autuada mais uma vez se manifesta (fls. 178/184) e aduz que o Fisco, tendo em vista a alteração do feito, tem o dever de informar ao contribuinte seu prazo para impugnação, mas na verdade só foi chamada a ter vista dos autos ou pagar. Afirma, com base no art. 150, parágrafo 4º do CTN, que ocorreu a decadência do direito da Fazenda Pública efetuar o lançamento.

O Fisco, às fls. 186/191 explica como foi obtida a base de cálculo do imposto e o porquê da reformulação do crédito tributário.

A Auditoria Fiscal, às fls. 194/202, opina pela procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação.

A 1ª Câmara, em 31/10.02, decide, por maioria de votos, abrir prazo de 30 dias para que o Contribuinte, caso queira, apresente impugnação especificamente sobre a majoração do crédito tributário de fls. 137/138.

A Autuada, às fls. 208/209, alega cerceamento do seu direito de defesa por não ter conseguido retirar os autos do processo e pede então que lhe seja permitida tal retirada, bem como reaberto o prazo para impugnação.

O Fisco, às fls. 210, afirma que não tem competência para estender o prazo concedido pela Câmara e que a CLTA prevê que o Contribuinte terá vista dos autos nas dependências da Repartição e poderá obter cópias, quando solicitadas.

A Autuada, às fls. 212/216, insiste na retirada dos autos e pede produção de prova pericial. Apresenta quesitos às fls. 215.

O Fisco se manifesta às fls. 218/220, discordando da perícia requerida.

A Auditoria Fiscal, às fls. 222, indefere o pedido de prova pericial sob o argumento que cabe ao sujeito passivo o ônus da prova.

A Autuada apresenta, às fls. 225/231, Recurso de Agravo sob os mesmos argumentos anteriormente apresentados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal apresenta parecer de fls. 235/238, ratificando seu posicionamento anterior, quando à perícia e também quanto ao mérito.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Da Decisão Judicial

Neste PTA a empresa autuada alega que, tendo a Medcall obtido o direito de recolher o ICMS diretamente, fora do regime de substituição tributária, desde 1992, com sentença transitada em julgado em 1995, não tem o menor cabimento ser exigido, no ano de 2002, um novo pagamento de um imposto já ordinariamente recolhido nos prazos normais pelo seu devedor originário, a coobrigada, Medcall.

Resume que nenhuma infração foi cometida pela empresa autuada, que simplesmente obedeceu a uma ordem judicial da qual não resultou, necessariamente, a falta de pagamento do imposto que lhe está sendo exigido.

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 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 e que, mesmo que assim não fosse, a simples decisão de um mandado de segurança não poderia impor conduta a terceiro que não fez parte no processo, a não ser que esta fosse oficiada pelo juízo que concedeu a ordem, o que não ocorreu na hipótese concreta.

Tendo sido dada vista do referido parecer aos sujeitos passivos, apenas a autuada (Merck) manifesta-se, sob a alegação de que a Medcall, acobertada por uma decisão judicial, pagou ordinariamente o ICMS através da conta corrente mensal e que, de 1992 a 1997, estava valendo a liminar concedida a seu favor.

Salienta que a liminar concedida pelo juiz competente não autorizou a Medcall a deixar de pagar, na forma ordinária, o imposto que fosse devido e sim que o tributo em foco não fosse recolhido antecipadamente pela fonte retentora.

Entretanto, 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.

Do Recurso de Agravo

O pedido de produção de prova pericial suscitado pela Impugnante tem caráter protelatório, vez que o quesito proposto desvirtua o foco principal da infração que lhe é atribuída.

O feito fiscal trata da falta de retenção e recolhimento do ICMS na **modalidade de substituição tributária**, à qual, tanto a Agravante quanto a empresa mineira, coobrigada neste Auto de Infração, estavam sujeitas.

É incontestado a inexistência de qualquer recolhimento de imposto aos cofres mineiros pois seria esperado que se a empresa mineira Medcall Produtos Farmacêuticos tivesse procedido a recolhimentos que pudessem ilidir o feito fiscal apresentasse provas de sua existência já que a mesma compõe o pólo passivo da obrigação tributária e foi devidamente intimada de todos os atos processuais.

Ademais, mesmo que algum valor tivesse sido recolhido pela Coobrigada no regime normal de débito e crédito, seria distinto dos valores exigidos no Auto de Infração, que decorrem da falta de retenção e recolhimento do ICMS devido **por substituição tributária**.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso IV, da CLTA/MG.

DO MÉRITO

O feito fiscal refere-se à realização, pela atuada Merck S/A Indústrias Químicas, 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 48, anexas ao Auto de Infração, tendo sido retificadas nas planilhas de fls. 140 a 177.

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 atuada e aqueles apurados a título de substituição tributária.

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

Inicialmente, conforme esclarece o Fisco às fls. 10 e 189, a base de cálculo do imposto resultou da multiplicação da quantidade dos itens de mercadorias discriminadas nas notas fiscais de saída para Minas Gerais, pelo respectivo preço máximo de venda ao consumidor (PMVC), de acordo com a Portaria 37/92, tendo sido reduzida em 10%, de acordo com o parágrafo 4º da Cláusula primeira do Convênio ICMS 04/95, conforme Quadro 1.

Posteriormente, após obter listagens de preços do estabelecimento industrial (fls. 120 a 131), o Fisco observou terem ocorrido reajustes/aumentos nos preços dos produtos e alterou a base de cálculo, que passou a se basear nas mencionadas listagens, conforme comprovam os quadros de fls.140/177. O valor original exigido a título de ICMS passou de R\$ 160.880,35 para R\$ 171.087,20.

Segundo o Fisco, a nova base de cálculo está de acordo com o disposto no art. 239 do Anexo IX do RICMS/96 e com o § 1º do artigo 2º da Portaria 37/92.

Em que pese, como a primeira, a nova base de cálculo estar de acordo com o que determina a Lei 14.062/01, regulamentado pelo Dec. 42.713, de 26 de junho de 2002 (*"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"*), pelas razões a seguir expostas, o Fisco não poderia efetuar as alterações pretendidas.

A majoração do crédito tributário consubstanciada na reformulação de fls. 137/138 decorreu de alteração do critério utilizado para a formação da base de cálculo do imposto e ocorreu após esgotado o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

A teor do artigo 145 do CTN, o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149.

Por sua vez, o art. 149 do mesmo diploma legal, estabelece que o lançamento poderá ser revisto pela autoridade administrativa, por exemplo, quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior, desde que tal revisão seja iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública. É o que dispõe o parágrafo único do citado artigo.

Ora, de acordo com o artigo 173 do CTN, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se 05 anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso dos autos, os fatos geradores ocorreram no exercício de 1996 e o direito da Fazenda constituir o crédito tributário esgotou-se em dezembro de 2001.

A majoração do crédito tributário ocorreu em agosto de 2002, tendo sido o Contribuinte dela cientificado neste mesmo mês (fls. 133 e 135).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, observe-se que a CLTA/MG prevê que o crédito tributário poderá ser reformulado e ao contribuinte será aberto prazo de 10 dias para pagamento com os mesmos percentuais de redução de multas aplicáveis no prazo de trinta dias do recebimento do AI (art.100, parágrafo 1º). Contudo, tal reformulação não pode implicar em majoração do crédito tributário, posto que decorre de impugnação apresentada pelo próprio sujeito passivo. Em situações tais há necessidade, no mínimo, de reabertura do prazo de 30 dias para pagamento ou impugnação. Há inúmeras decisões deste Órgão Julgador neste mesmo sentido.

Afastada a alteração efetuada, resta mencionar que a infringência e a penalidade estão corretamente capituladas no Auto de Infração sendo que o valor do crédito tributário não foi efetivamente contestado pela Impugnante.

Pode-se depreender uma única inserção da mesma neste sentido como quando afirma que o fisco preferiu tributar pelo preços estimados ao invés de levar em consideração os preços reais de venda constantes das notas fiscais.

Considerando-se que o fisco está a exigir o imposto devido a título de substituição tributária e não aquele concernente às operações próprias da Impugnante (que inclusive é devido ao Estado do Rio de Janeiro), revela-se inócua esta argumentação.

A Autuada deixou de reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando, então, a multa de revalidação deve ser aplicada em dobro, inclusive em relação à Coobrigada, em razão do disposto no art. 21, inciso XII da Lei 6763/75, posto que foi a Autuada, através do seu comunicado de fls.58 concorreram para o não recolhimento do tributo devido pelo substituto tributário.

Ressalte-se ainda que o art. 44 do RICMS/91 e art. 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 ao Estado.

Desta forma, restando clara a inexistência da retenção do imposto pelo remetente da mercadoria, correta a eleição da empresa mineira, destinatária das mercadorias, para figurar no polo passivo da obrigação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, devendo ser desconsiderada a majoração do crédito tributário consubstanciada na reformulação de fls. 137/138. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão e Luiz Fernando Castro Trópia (revisor).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sala das Sessões, 23/04/03.

**José Luiz Ricardo
Presidente**

**Cláudia Campos Lopes Lara
Relatora**

CC/MIG