

Acórdão: 16.373/03/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010109526-59
Impugnante: Indústria Química e Farmacêutica Shering Plough S.A
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.
Proc. S. Passivo: Ana Paula Bonini Tararam Teixeira e Outros
PTA/AI: 01.000141367-22
Inscr. Estadual: 048.766069.00-38 (Aut.); 518.634368.00-09 (Coob.)
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Constatada 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 no artigo 237, do Anexo IX, do RICMS/96. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a realização 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.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 83 a 115, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 227 a 238.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A Auditoria Fiscal determina a realização da diligência de fls. 242, que resulta na anexação aos autos do parecer emitido pela Procuradora do Estado de Minas Gerais, Dra. Nilber Andrade (fls. 245 a 255) e nas manifestações da autuada às fls. 261 a 274 e do Fisco às fls. 280 a 282.

DA SEGUNDA MANIFESTAÇÃO DA IMPUGNANTE:

Em razão de ter tido vista dos autos a Autuada novamente manifesta-se (fls. 261 a 174) por intermédio de procurador regularmente constituído. Ratifica os termos de sua impugnação anterior, pouco acrescentando na mesma e requerendo a nulidade do AI face a decadência e em razão de erros de fato e de direito, alegando que a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acusação e pretensões fiscais mostram-se totalmente insubsistentes, injurídicas e ilegais.

DA SEGUNDA MANIFESTAÇÃO FISCAL:

Face a manifestação da autuada o fisco novamente comparece aos autos (fls. 280 a 282).

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 284/294, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Preliminar 1:

Neste PTA a empresa autuada 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.

O fisco, em atendimento à diligência baixada pela Auditoria Fiscal, anexa aos autos cópia do Parecer da Procuradora da Fazenda Estadual Nilber 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 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 se demonstrou ter ocorrido na hipótese concreta.

Tendo sido dada vista do referido parecer aos sujeitos passivos, apenas a autuada (Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S.A.) manifesta-se, sob a alegação de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a existência de coisa julgada, não cassou a liminar ou julgou a decisão desfavorável para a Medcall, mas sim julgou prejudicado o Agravo que era da Fazenda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Preliminar 2:

Entende a Impugnante que, no caso em questão, a fiscalização, ao não 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, a pessoa do infrator e o montante do crédito tributário.

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:

Com relação ao que a Impugnante chama de efeito confiscatório dos juros de mora não temos 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.

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 art. 150, § 4.º, do CTN, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, daquele Código.

Examinando a matéria, leciona Misabel de Abreu Machado Derzi:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“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 1997, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2003.

Uma vez que o AI fora lavrado em 10/12/2002, e dele devidamente intimadas a Autuada no dia 17/12/2002 (fls. 07) e a coobrigada no dia 13/12/2002 (fls. 09), 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. 13 a 61, anexas ao Auto de Infração.

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

Ainda nas citadas planilhas, os valores mensais que deixaram de ser destacados e, conseqüente recolhidos ao erário mineiro, são apresentados na coluna “diferença ICMS/ST”.

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. 64 a 78) 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).

Deve ser ressaltado, entretanto, que nas planilhas anexadas aos autos às fls. 64 a 78 os valores relativos ao Preço Máximo ao Consumidor (11ª coluna: "Unid. Venda Máximo Consumidor") correspondem à divisão dos preços de fábrica referentes à (9ª coluna) por 0,9318 (zero vírgula nove três um oito) e por 0,7 (zero vírgula sete).

A primeira divisão por 0,9318 se prende ao fato de que os preços de fábrica relativos à São Paulo e Minas Gerais, constantes destas planilhas, estão subtraídos da parcela resultante do repasse de 6,82%, a título de desconto, do diferencial de ICMS entre o Estado de origem e o de destino, repasse este obrigatório por força do disposto no §2º, do art. 2º, da Portaria nº 37, de 11/05/92, do Ministério da Economia Fazenda e Planejamento, que dispõe:

Art. 2º

§2º As unidades produtoras e as de comércio atacadista/intermediário repassarão obrigatoriamente às unidades varejistas, o diferencial de ICMS entre o estado de origem e o de destino, bem como colocarão os produtos CIF no destinatário.

Destarte, a utilização dos valores presentes na coluna "Unid. Venda Máximo Consumidor" destas planilhas, revelou perfeito e adequado à legislação.

Deve ser ressaltado que o Fisco, embora atendendo às disposições previstas no Dec. 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. 12 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 art. 2º, da Portaria 37/92, do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento onde não há menção a qualquer redução na base

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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.

A Impugnante, neste aspecto, 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%.

Equivoca-se a Impugnante, 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, sendo que o seu percentual era de 100% do imposto devido.

Tratando-se, como se trata o caso ora guerreado, de crédito tributário por não-retenção do imposto em decorrência de substituição tributária, as multas são cobradas em dobro, quando da ação fiscal, consoante o § 2º, do art. 56, da Lei 6.763/75, aplicando-se as reduções previstas no inciso II do mesmo artigo.

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

O art. 29, do RICMS/96, atribui 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 cópias de três notas fiscais emitidas pela coobrigada e 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 as referidas notas.

Ainda que este procedimento tenha sido uma realidade, o fato é que o mesmo foi equivocado uma vez que envolveu produtos sujeitos à sistemática da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Substituição Tributária e 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 confirmar 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, pelo voto de qualidade, indeferir a proposição apresentada pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia (Relator), de juntada de petição e documentos protocolizados pela Impugnante em 15/10/2003. Vencidos o Proponente e a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o deferiam. Também em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencido o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia (Relator) que o julgava improcedente. Designada Relatora a Conselheira Lúcia Maria Bizzoto Randazzo (Revisora). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Juliano Di Pietro.

Sala das Sessões, 19/11/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Lúcia Maria Bizzoto Randazzo
Relatora

MLR/cecs