

Acórdão: 16.374/03/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010109398-90
Impugnante: Servier do Brasil Ltda
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda
Proc. S. Passivo: Julio César Kühner de Oliveira/Outros
PTA/AI: 01.000141339-10
CNPJ: 42.374207/0001-76
Origem: DF/DIF/SRE/Belo Horizonte

EMENTA

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, por estabelecimento industrial do Estado do Rio de Janeiro, a contribuinte mineiro. Irregularidade caracterizada nos termos do artigo 237, Anexo IX, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre 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, nos exercícios de 1997 a 2001. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 97 a 117, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 150 a 157.

A Auditoria Fiscal solicita diligência à fl. 161, que resulta nas manifestações de fls. 165 a 191.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 199 a 208, opina pela procedência do lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 10/06/03, delibera converter o julgamento em diligência, a qual é cumprida pelo Fisco (fls.213 a 215). A Auditoria Fiscal se manifesta a respeito ratificando seu entendimento anterior (fls.217 a 218).

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Preliminar 1:

Neste PTA a empresa autuada inicialmente alegava 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, anexou 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 (Servier do Brasil Ltda) manifestou-se, reconhecendo que a ação judicial foi, ao final, julgada em desfavor da empresa Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda, fazendo com que a retenção e o recolhimento se tornassem obrigatórios.

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 a argumentação em torno de suposta segurança definitiva obtida pela Coobrigada no âmbito judicial esvaiu-se com o reconhecimento da empresa autuada de que a ação final foi julgada favoravelmente à Fazenda Pública Estadual.

Não procede o entendimento da Impugnante de que o ICMS/ST apenas poderia ser dela exigido no período posterior ao trânsito em julgado da decisão final desfavorável aos interesses da Medcall já que a mesma não era detentora de qualquer proteção judicial não tendo sido emitido nenhum ofício do Poder Judiciário

determinando-a expressamente que deixasse de recolher o ICMS/ST nas operações realizadas com a Medcall.

Preliminar 2:

A multa de revalidação de 50% encontra-se prevista na legislação tributária mineira no artigo 56, inciso II, 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 o caso, de não retenção em decorrência de substituição tributária.

Preliminar 3:

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 artigo 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 subseqüentes.

(...)

§ 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 são disciplinados 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.

Preliminar 4:

A Impugnante, embora tenha protestado pela produção de prova pericial, não apresentou os indispensáveis quesitos, razão pela qual o pedido de perícia revelou-

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

se prejudicado à luz das determinações do artigo 98, inciso III do Dec. 23.780/84 – CLTA/MG.

Preliminar 5:

A Impugnante pede o cancelamento do feito fiscal por entender que o mesmo não contém a descrição circunstanciada das infrações alegadamente cometidas, entretanto, considerando que a lavratura do Auto de Infração seguiu os ditames dos artigos 57 e 58 da CLTA/MG e que os dispositivos legais infringidos, assim como aqueles que cominam a respectiva penalidade, estão devidamente capitulados, não procede a referida pretensão.

DO MÉRITO

O feito fiscal refere-se à realização, pela autuada Servier do Brasil Ltda, 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. 23 a 89, anexas ao Auto de Infração, planilhas estas que contêm, ainda, a descrição dos produtos, quantidade, valor unitário, descontos concedidos, 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.

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.

A base de cálculo para fins de substituição tributária com medicamentos corresponde ao produto das quantidades de mercadorias pelo preço máximo de venda ao consumidor final estabelecido no §1º, do artigo 2º, da Portaria n.º 37, de 11 de maio de 1992, do extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, tendo sido reduzida em 10%, de acordo com o parágrafo 4º, da Cláusula primeira, do Convênio ICMS 04/95.

Conclui-se que não foram utilizados preços constantes de quaisquer tabelas publicadas por entidades do comércio de medicamentos, o que atende ao §2º do artigo 22 da Lei 14.062/01.

A citada Portaria previa no dispositivo acima mencionado que o preço máximo seria calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

produtoras (preço do fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e seria único em todo o território nacional.

A listagem de preços apresentada pelo estabelecimento industrial (fls. 92) permitiu 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 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. 22 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 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 sendo que o valor do crédito tributário não foi contestado pela Impugnante.

Aplica-se ao caso a majoração da multa de revalidação, quando a mesma deve ser aplicada em dobro, entretanto, ressalta-se a correção do proceder fiscal em aplicar, mesmo em relação aos fatos geradores que são anteriores a 31/12/97, a MR como o dobro de 50% do valor do imposto, consoante o artigo 56, inciso II, § 2º da Lei 6.763/75.

Tal procedimento é devido à retroatividade da Lei 12.729/97, face o disposto no artigo 106, inciso II, "c", do CTN.

O artigo 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 ressalta que, ainda que não tenha havido o recolhimento antecipado do ICMS por substituição, em virtude de decisão judicial, foi efetuado o

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destaque do ICMS em operação própria e a Medcall, no momento da venda das mercadorias, destacou o ICMS na nota fiscal de saída.

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 se pode 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, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas pela Impugnante. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Leonardo Alfradique Martins. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Lúcia Maria Bizzoto Randazzo e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 19/11/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ/cecs