

Acórdão: 16.417/03/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.10104154-16 (Aut.)
Impugnante: Kimberly Clark Kenko Indústria e Comércio Ltda. (Autuada)
Coobrigada: P. Severini Netto Comercial Ltda. (Coob.)
Proc. S. Passivo: José Carlos Nogueira da Silva Cardillo/Outros
PTA/AI: 02.000200449-56
CNPJ: 59.883868/0002-00
Origem: AF/Poços de Caldas

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - PRODUTO FARMACÊUTICO - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a venda de produto farmacêutico por estabelecimento de outra unidade da Federação a contribuinte mineiro sem retenção e recolhimento do ICMS/ST. Prejudicado o julgamento desta irregularidade, nos termos do artigo 143 da Lei nº 6.763/75 combinado com o artigo 11 da CLTA/MG.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NOTA FISCAL - DESTINATÁRIO DIVERSO. Comprovado nos autos que a Impugnante entregou a mercadoria constante das notas fiscais, objeto da autuação, a destinatário diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinou. Infração caracterizada nos termos do artigo 55, inciso V, da Lei nº 6.763/75. Irregularidade reconhecida e recolhida pela Coobrigada, conforme documentos de fls. 57 a 59.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de entrega de mercadorias, em fevereiro e março de 2001, a destinatário diverso do constante nas notas fiscais, já que constava das mesmas no campo “destinatário” a empresa P. Severini Netto Comercial Ltda., localizada em Tocantins, quando na realidade a entrega ocorreria no estabelecimento matriz localizado em Minas Gerais. A fiscalização acrescenta ainda que não foi feito o destaque do ICMS devido a título de substituição tributária, pois a liminar referida no corpo dos documentos fiscais, e que autorizava a conduta realizada, foi revogada em 19/05/2000.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação, às fls. 18/23, aos argumentos seguintes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não se sabe de onde arbitrou a fiscalização que as mercadorias estavam sendo destinadas à matriz da Coobrigada em Poços de Caldas e não à filial em Palmas;

- apesar de não estar utilizando desta faculdade quando da autuação, com base no Termo de Acordo – Regime Especial celebrado com o Governo de Tocantins, possui autorização para que as mercadorias destinadas à filial de Palmas sejam entregues na matriz de Poços de Caldas, desde que seja emitida, no mesmo dia, a nota fiscal de transferência;

- o Estado de Minas Gerais é o caminho natural mais próximo para o trajeto de mercadorias de São Paulo para Tocantins;

- ainda que as mercadorias fossem entregues em Poços de Caldas, não haveria prejuízo ao erário mineiro em face do Regime Especial mencionado;

- o Estado de Tocantins é soberano para firmar o referido Regime Especial e o Estado de Minas Gerais não pode tentar invalidar ou questionar o regime outorgado, sob pena de infringência à soberania de outro Estado da Federação;

- este Regime Especial foi submetido ao Fisco Mineiro para homologação em 06/04/99, sem qualquer resposta, não podendo ser autuado por suposta infração à regra excepcionada pelo Regime Especial;

- a capitulação está incorreta e se existe a específica não pode o Fisco aplicar a não específica mais onerosa em prejuízo do Contribuinte, portanto, deve ser aplicado o artigo 112 do Código Tributário Nacional;

- quanto ao ICMS/ST aduz que liminar concedida pela Vara Cível de Poços de Caldas para a empresa Coobrigada P. Severini Netto Comercial Ltda. não foi revogada, como alega Fisco Mineiro para poder motivar a autuação;

- em face de aparente contradição da decisão do TJMG que outorgou efeito suspensivo em agravo de instrumento interposto contra despacho que revogara a liminar, a Coobrigada apresentou Embargos de Declaração, requerendo que fosse esclarecido se poderia continuar a usar da liminar, não retendo seus fornecedores ICMS/ST e mantendo os depósitos judiciais do mesmo;

- em 20/03/01 foi publicada a decisão destes Embargos, datada de 13/02/01, na qual foi reconhecida a manutenção da liminar e da possibilidade de continuidade dos depósitos do ICMS/ST controvertido;

- esta decisão mostrou estar equivocado o Parecer da Procuradoria, o qual embasou a autuação.

Ao final solicita a procedência da Impugnação.

O PTA foi enviado para Parecer da Procuradoria da Fazenda Estadual que manifestou-se no sentido de que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- tendo em vista a existência de ação ordinária e medida cautelar proposta pela empresa Coobrigada em face do Estado de Minas Gerais foi solicitada a emissão de Parecer sobre a aplicação do artigo 11 da CLTA/MG;

- não deve ser aplicado referido dispositivo legal pois a Autuada não participa da ação originária;

- o processo judicial encontra-se em fase de recurso, sendo acompanhado por Procurador vinculado à Sub-Procuradoria de Defesa Contenciosa, o qual deverá ser intimado para fornecer as informações necessárias.

Após intimada, a Sub-Procuradoria de Defesa Contenciosa aduz que:

- não se aplica a regra do artigo 11 da CLTA/MG para a Autuada, por não ser a mesma parte na ação judicial, aplicando-se tal regra para a Coobrigada já que a mesma está discutindo o regime da substituição tributária em juízo;

- recomenda a devolução do PTA à AF/III/Poços de Caldas para que seja dado prosseguimento do mesmo em face da Autuada, considerando-se prejudicado o contencioso administrativo em face da Coobrigada.

O Fisco se manifesta aos fundamentos que se seguem, às fls. 67/68:

- em 07/04/97, a Coobrigada propôs Ação Cautelar contra o Estado de Minas Gerais obtendo liminar para que passasse da condição de substituída para a de substituta, ficando responsável pelo recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária pela remetente nas suas aquisições e pelo depósito judicial destes valores;

- em 07/02/01, através do Memo n.º 16/01, a Procuradoria Regional da Fazenda comunicou que a liminar havia sido revogada, continuando, no entanto, a empresa a considerar-se como substituta tributária sendo necessária autuação fiscal imediata para sanar esta situação;

- em 13/02/01, a empresa Coobrigada apresentou Embargos de Declaração requerendo a continuidade da liminar e, em 20/03/01 foi publicada decisão mantendo a liminar;

- em despacho emitido a Sub-Procuradoria reconheceu que a Autuada não é parte da Ação Judicial, devolvendo os PTA's para a AF/Poços de Caldas para prosseguimento da Ação Fiscal em face da Autuada, considerando prejudicado no entanto o contencioso administrativo com relação à Coobrigada.

Por fim requer a improcedência da Impugnação e a exclusão da Coobrigada de pólo passivo, nos termos do Parecer da Sub-Procuradoria de Defesa Contenciosa.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS, MR e MI em face da imputação fiscal feita de entrega de mercadorias, em fevereiro e março de 2001, a destinatário diverso do constante nas notas fiscais, já que constava das mesmas como destinatária a empresa P. Severini Netto Comercial Ltda., localizada em Tocantins, quando na realidade a entrega ocorreria no estabelecimento matriz localizado em Minas Gerais. A fiscalização acrescenta ainda que não foi feito o destaque do ICMS devido a título de substituição tributária, pois a liminar referida no corpo dos documentos fiscais, e que autorizava a conduta realizada, foi revogada em 19/05/2000.

Irregularidade 1

Primeiramente passaremos à análise da irregularidade relativa à exigência de multa isolada, nos termos do inciso V do artigo 55 da Lei 6.763/75, qual seja, *mencionar em documento fiscal destinatário diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinar*. Esta penalidade foi aplicada em razão da arguição de descumprimento de obrigação acessória da legislação mineira por empresa estabelecida em outra unidade da Federação, imputando-se, também, responsabilidade solidária a contribuinte mineiro, destinatário de fato de mercadoria.

A Empresa P. Severini Netto Comercial Ltda, Coobrigada, reconheceu esta irregularidade, efetuando o recolhimento conforme documentos de fls. 57 a 60.

Tal reconhecimento acompanhado do conseqüente pagamento da exigência fiscal implica em encerramento do contencioso administrativo em torno da questão.

Irregularidade 2

Quanto a exigência relativa ao ICMS/ST, inicialmente cumpre esclarecer que o mérito da presente discussão reside no fato de que a Autuada remeteu mercadorias para a Coobrigada sem o destaque (retenção/recolhimento) do ICMS/ST por estar amparada em suposta liminar que autorizava a Coobrigada a atuar nestas operações como contribuinte substituto tributário e não mais substituído.

No entanto, o Fisco por considerar que a referida liminar foi revogada autuou a empresa Kimberly Clark Kenko e Comércio Ltda., por falta de destaque do ICMS/ST e lançou a adquirente das mercadorias como Coobrigada.

Vale ressaltar que tendo em vista a divergência de interpretações acerca do texto que revogou referida liminar, ainda encontra-se em trâmite (fase recursal) a ação judicial proposta pela Coobrigada com a finalidade de tornar-se substituta tributária nas operações em que figurava como substituída. E, considerando esta ação judicial a Sub-Procuradoria de Defesa Contenciosa manifestou-se nos autos, por força do artigo 11 da CLTA/MG no sentido de que a Coobrigada deveria ser excluída do pólo passivo já que a mesma está discutindo o regime da substituição tributária em juízo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, entendeu que o processo administrativo deveria continuar relativamente à Autuada por não ser a mesma parte na referida ação judicial.

Em face das discussões presentes nos autos em análise torna-se importante a exata interpretação do muitas vezes citado artigo 11 da CLTA/MG, *in verbis*:

"Art. 11 - Ação judicial proposta contra a Fazenda Pública Estadual sobre matéria tributária, inclusive mandado de segurança contra atos de autoridades estaduais, prejudicará, necessariamente, a tramitação e o julgamento do PTA na esfera administrativa.

§ 1º - Na ocorrência do disposto no "caput", os autos ou a peça fiscal serão remetidos, com a máxima urgência e independentemente de requisição, à Procuradoria da Fazenda Estadual para exame, orientação e instrução da defesa cabível importando está em solução final do caso na instância administrativa, com referência à questão discutida em juízo.

§ 2º - Ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

- 1) acompanhada do depósito de seu montante integral;
- 2) concedido mandado de segurança ou medida liminar, determinado a suspensão.

....." (grifos nossos)

Assim entendemos que há disposição expressa nas normas regulamentares mineiras acerca das ações judiciais sobre matérias também discutidas administrativamente e tais disposições são no sentido de que a tramitação e julgamento na esfera administrativa deverão ser reputados prejudicados.

Consta dos autos manifestação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG, em Embargos Declaratórios interpostos pela Coobrigada, na data de 13 de fevereiro de 2001, no sentido de que o efeito suspensivo deferido parcialmente à revogação da liminar anteriormente obtida implica na manutenção dos valores depositados o que, deixa implícito, no entendimento daquele Tribunal, deveriam continuar.

Da análise dos PTA's verificamos que os mesmos, na realidade, versam sobre matéria tributária tratada na ação judicial proposta pela Coobrigada com finalidade de tornar-se substituta tributária das aquisições nas quais figurava como substituída.

Acrescente-se que o artigo 11 da CLTA/MG determina que na ocorrência do relatado no parágrafo anterior considera-se prejudicado o processo administrativo. E, apesar da Procuradoria da Fazenda afirmar que somente deve ser excluída do pólo passivo da presente autuação a Coobrigada pois somente ela está

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

discutindo a substituição tributária em juízo, acreditamos que o processo administrativo deve ser dito como prejudicado tanto para a Autuada quanto para a Coobrigada pois a CLTA/MG fala apenas na existência de ação judicial versando sobre a matéria tributária do processo administrativo, o que ocorre nos PTA's em estudo.

Ressaltamos que apesar da ação judicial ter sido proposta pela Coobrigada, o mérito da mesma atinge as operações objeto do presente PTA posto que alcança também a conduta a ser adotada pela Autuada, já que, os efeitos da liminar afetam o procedimento a ser adotado pela Autuada quando a mesma transaciona com a empresa P. Severini Netto Ltda.

Novamente frisamos que a CLTA/MG não exige que as partes da ação judicial sejam as mesmas do processo administrativo fazendo referência apenas à identidade de matéria. Sendo assim, temos que quando da ocorrência das operações objeto da autuação estavam as partes amparadas por liminar, ou seja, não era necessário o destaque do ICMS/ST, devendo a Coobrigada depositar em juízo esta quantia.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento em relação ao item 2.1 do Auto de Infração em face do reconhecimento da irregularidade demonstrado no recolhimento de fls. 57 a 59. Quanto ao item 2.2, também à unanimidade, deliberou a Câmara considerar prejudicado o julgamento nos termos do artigo 143 da Lei nº 6.763/75, combinado com o artigo 11 da CLTA/MG, devendo os autos serem encaminhados à Advocacia Geral do Estado - Procuradoria de Tributos e Finanças. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edmundo Spencer Martins e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 10/12/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ