

Acórdão: 15.667/03/2.<sup>a</sup> Rito: Ordinário  
Agravo Retido: 40.030109927-33  
Impugnação: 40.010109525-78  
Impugnante: Sanofi Syntelabo Ltda.  
PTA/AI: 01.000141357-34  
Proc. S. Passivo: Paulo André Bezerra Melo  
Inscrição Estadual: 048.026157.0024  
Origem: DIF/Belo Horizonte

**EMENTA**

**RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. Requerimento de prova pericial corretamente indeferido pela Auditoria Fiscal, nos termos do art. 116, IV, da CLTA/MG. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.**

**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. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.**

**Lançamento procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

A autuada realizou operações de saídas de medicamentos, sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária, para o contribuinte mineiro Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda., sem a retenção e o recolhimento do imposto devido.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 62/80, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 144 a 152.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fl. 156, o que motiva a interposição do Recurso de Agravo de fls. 160/179.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso interposto.

A Auditoria Fiscal determina a realização da diligência de fl. 298, para que o Fisco anexe aos autos cópia do parecer citado à fl. 149, emitido pela Procuradora do Estado de Minas Gerais, Dra. Nilber Andrade.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Após a anexação do citado parecer e tendo sido devidamente comunicadas da abertura do prazo de vista dos autos (fls. 313/316), a Autuada e a Coobrigada não se manifestam.

Por fim, A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 319/328, opina pela procedência do lançamento.

### ***DECISÃO***

#### **DAS PRELIMINARES**

##### **1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos**

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos não teriam o condão de comprovar o efetivo recolhimento do ICMS substituição tributária, seja pela Impugnante, seja pela Coobrigada mineira.

Quando muito, tais quesitos apenas poderiam comprovar eventuais recolhimentos, na sistemática de débito e crédito, concernentes a mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Nesse sentido a Impugnante alega que todo o valor pago pelo substituído será recebido a mais pelo Estado de Minas Gerais.

Não bastasse a inexistência nos autos de qualquer comprovação dos alegados recolhimentos efetuados pela Coobrigada, quando da venda das mercadorias sujeitas a substituição tributária, não se pode aceitar, ainda que existentes, eventuais recolhimentos pela sistemática de débito e crédito normal como compensadores dos valores devidos pelo substituto tributário.

Fazê-lo, 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.

Conforme a decisão do Pleno do STF, citada às fls. 72/73 pela própria Impugnante, “*A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. .... O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. (ADI 1851-AL - Relator Ministro Ilmar Galvão - STF Pleno)*”

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Se a empresa mineira (Medcall), frente aos alegados destaques, entende ter recolhido imposto indevido, cabe-lhe, nos moldes do art. 165 do CTN, proceder ao pedido de restituição de indébitos, que será objeto de análise da Fazenda Estadual em outro PTA.

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

### 2. Preliminar 2

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. n.º 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 PTAs 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. n.º 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. Assim, o Mandado de fl. 223, perde a eficácia pretendida pela Impugnante.

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.

### 3. Preliminar 3

A autuada entende que o encaminhamento do Auto de Infração pelos correios corresponde a um prejuízo sensível ao seu direito de livre defesa.

Não procede tal alegação uma vez que este proceder do Fisco encontra-se amparado pelo art. 59, II, da CLTA/MG, onde se lê:

**Art. 59** - O sujeito passivo será intimado ou comunicado da lavratura do AI ou da NL:

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - **por via postal**, mediante Aviso de Recebimento (AR), com identificação do documento enviado; (G.N.)

O fato da correspondência recebida na empresa autuada “*passar por várias triagens até chegar em mãos habilitadas a receber e proceder com as proposituras concernentes a se verificar*” não é elemento suficiente para caracterizar um cerceamento de defesa, já que se trata de rotinas internas, trâmites criados pela própria empresa, os quais não podem ser opostos à Fazenda Pública como ensejadores de nulidade do auto de infração.

Ademais, a Autuada apresentou sua impugnação de forma tempestiva, através da qual defendeu-se de forma ampla e irrestrita, demonstrando sua inteira compreensão da irregularidade a ela imputada pelo Fisco.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

### DO MÉRITO

O feito fiscal refere-se à realização, pela Autuada - Sanofi Synthelabo Ltda., de operações de saídas de medicamentos sujeitas à substituição tributária, para o contribuinte mineiro Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda., sem a retenção e o recolhimento do imposto devido, relativamente ao período de 01/12/2000 a 31/03/2001.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 14 a 26, anexas ao Auto de Infração.

Essas planilhas contêm 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.

Ainda nas citadas planilhas, os valores mensais que deixaram de ser destacados e, conseqüentemente não 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 n.º 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 mineiro destinatário - Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.

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 Decreto 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*

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 2º da Portaria n.º 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. 30 a 59) permitiram a obtenção da indispensável certeza de que as bases de cálculo do ICMS/ST utilizadas pelo Fisco atendem às disposições da Portaria n.º 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 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 à fl. 13 dos autos, o disposto no parágrafo quarto, da cláusula primeira, do Convênio ICMS 04/95.

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.

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 figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

A Impugnante alega que a empresa substituída ameaçou a sua antecessora, em carta datada de 06/03/2000, de processo, sustentando-se com o instrumento de defesa da ordem econômica, definido no artigo 21, da Lei 8.884/94, já que com ela não realizava operações comerciais.

Afirma no item 47 de sua impugnação (fl. 77) que, “*com receio de uma nova contenda jurídica acabamos por ceder aos apelos judiciais e aos questionamentos constantes devido a possibilidade de derrota frente a contenda*”. Prossegue no item 49, afirmando: “*ficamos na situação mais incomum possível: se vendemos sem a retenção o fisco nos cobra, se não vendemos, pois o cliente não aceita receber o valor com a inclusão do imposto, somos processados por infração à ordem econômica*”.

Portanto, temendo não receber o valor de suas vendas, acaso destacasse o imposto (“*se vendemos com retenção o cliente ameaça não pagar e aí, novamente, o único prejudicado é a empresa que desempenha a função de substituto tributário...*” - item 50 da impugnação - fl. 77), a empresa carioca optou por efetuar as operações comerciais com os

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

produtos sujeitos a substituição tributária, sem destacar e, conseqüentemente, sem recolher aos cofres públicos mineiros, o ICMS/ST devido.

Essas alegações são insubsistentes, não tendo o condão de elidir o feito fiscal, conforme demonstra o trecho abaixo transcrito, retirado do parecer de fls. 308/312, de autoria da ilustre Procuradora da Fazenda, Dr<sup>a</sup>. Nilber Andrade:

“NO TOCANTE À QUESTÃO DE JÁ SER “DEFINITIVA EM FAVOR DO CONTRIBUINTE” A DECISÃO PROFERIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA, TEMOS A INFORMAR A ESTE ÓRGÃO E A OUTROS QUE POSSA INTERESSAR, QUE DA DECISÃO PROFERIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM JULGAMENTO EM 11.12.96, COM PUBLICAÇÃO EM 14.04.97, FOI INTERPOSTO RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO STF, INADMITIDO PELO STJ, COM PUBLICAÇÃO EM 08.08.97, DE CUJO DESPACHO AGRAVOU A FAZENDA PÚBLICA EM 26.08.97, ONDE DEMONSTROU, DENTRE OUTRAS COISAS, QUE HAVIA OUTRO PROCESSO JÁ TRANSITADO EM JULGADO, EM QUE FIGURAVA TAMBÉM COMO LITISCONSORTE PASSIVO A EMPRESA DESTINATÁRIA (MEDCALL), CUJA DECISÃO FOI-LHE INTEIRAMENTE DESFAVORÁVEL. ASSIM, O MINISTRO RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, CONFORME CÓPIA ANEXA, DECLAROU A OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA O QUE IMPEDIU O CONHECIMENTO DO AGRAVO INTERPOSTO, POR FALTA DE OBJETO, QUE, CONSEQUENTEMENTE, TEVE O EFEITO DE CASSAR A LIMINAR CONCEDIDA NO REFERIDO MANDADO DE SEGURANÇA.” (FL. 308)

“ASSIM, NO QUE SE REFERE À REFERIDA PROTEÇÃO ALEGADA EM DEFESA PELO CONTRIBUINTE, ESTA NÃO EXISTE E NEM A FAVOR DELE PODERIA TER QUALQUER ALCANCE. EM PRIMEIRO LUGAR PORQUE A DECISÃO, AO CONTRÁRIO DO QUE AFIRMA E COMO VISTO ACIMA, FOI AFINAL CONTRÁRIA À PRETENSÃO DA EMPRESA IMPETRANTE. EM SEGUNDO LUGAR, MESMO QUE ASSIM NÃO FOSSE, TAL DECISÃO NÃO TEM O CONDÃO DE, POR SI SÓ, SER AUTOEXECUTÁVEL, MAS NECESSÁRIA A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO PELO PODER JUDICIÁRIO QUE CONCEDEU A ORDEM A TODAS AS EMPRESAS QUE DESTINASSEM PRODUTOS CUJA OPERAÇÃO SE DESSE A TÍTULO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA A EMPRESA IMPETRANTE, O QUE NÃO SE COMPROVA E NEM PODERIA SE COMPROVAR.” (FL. 309 – G.N.)

Por fim, restar dizer que na planilha “Relatório de Apuração do ICMS/ST Devido”, nas páginas 6 e 7, não consta registro em duplicidade do produto eradacil 2S, no valor de R\$ 43,18, como alegara a Impugnante.

Os demais argumentos apresentados pelo Impugnante são insuficientes para descaracterizar a infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2.<sup>a</sup> Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. Também em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento.

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro, Thadeu Leão Pereira (Revisor) e Aparecida Gontijo Sampaio.

**Sala das Sessões, 19/11/03.**

**José Eymard Costa  
Presidente/Relator**

CC/MG