

Acórdão: 16.484/04/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010109643-80
Impugnante: Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda
Proc. S. Passivo: Juliano Di Pietro/Outros
PTA/AI: 01.000141417-51
Inscr. Estadual: 048.119865.0160
Origem: CONEXT/RJ – DGP/SUFIS

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 unânime.

RELATÓRIO

Parcelas exigidas: ICMS, MR (100%).

Motivos da autuação: 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 o destaque e o recolhimento do imposto devido.

DA IMPUGNAÇÃO:

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 23 a 54), por intermédio de procurador regularmente constituído alegando em síntese:

De acordo com orientação recebida pela Impugnante, a empresa Medcall, com base nos efeitos decorrentes do Mandato de Segurança, com pedido de liminar impetrado pela 2ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas, não estava adstrita ao regime de substituição tributária e assumia qualquer responsabilidade quanto aos efeitos decorrentes do referido ato.

A Impugnante verificou que a Medcall possui decisão favorável em recurso impetrado, prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça, devidamente transitada em julgado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da verificação dos períodos autuados conclui-se pela decadência por parte do fisco estadual de Minas Gerais do direito de lançar os créditos tributários relativamente ao período de julho de 1997 a outubro do mesmo ano, com fulcro nos arts. 150, §4º do Código Tributário Nacional, já que a autuação data de dezembro de 2002 (cita doutrina e jurisprudência que entende favoráveis).

Os termos do art. 142, do CTN, o ato de calcular o montante do tributo devido não pode deixar de ser demonstrado ao sujeito passivo, sendo indispensável para a validade do lançamento efetuado.

A multa, apesar da menção de que foi aplicada com base no art. 106, II, “c”, do CTN, ou seja, 50% para os fatos geradores anteriores a 31/12/97, na realidade foi de 100% para todo o período.

Os juros de mora representam verdadeiro confisco, em expressa violação ao art. 150, IV, da Constituição Federal.

Na falta de demonstração do cálculo dos juros a empresa autuada ficou impossibilitada de verificar a procedência dos valores apresentados no “Demonstrativo do Débito Fiscal”, o que compromete a liquidez e certeza do Auto de Infração, devendo o mesmo ser julgado improcedente e arquivado o respectivo processo administrativo.

O art. 1º da Resolução 2.880/97 deixa claro que sua aplicação se restringe aos vencimentos de ICMS ocorridos a partir de 01 de janeiro de 1998, portanto, não poderia ter sido aplicada tal Resolução já que o período questionado se refere a 1997.

Os fatos caracterizam a nítida anulação do lançamento por parte da autoridade julgadora, com base na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal.

Não existem quaisquer condições do lançamento prosperar diante do nítido cerceamento de defesa que foi imputado.

No Auto de Infração impugnado não restam dúvidas quanto a responsabilidade do contribuinte mineiro pelo recebimento da mercadoria sem a retenção do ICMS e não da Impugnante, empresa localizada no Estado do Rio de Janeiro.

A Impugnante, somente pelo fato de possuir inscrição estadual no Estado de Minas Gerais, não pode ser responsabilizada por débito tributário que não lhe diz respeito, especialmente se o contribuinte do Estado, em nome do qual se encontra obrigada a recolher o ICMS, se diz responsável por quaisquer efeitos decorrentes de medida judicial que confere ao mesmo o direito de não ser compelido ao pagamento antecipado do imposto por intermédio do sistema da substituição tributária, decisão essa que, obviamente, obriga a Impugnante ao seu cumprimento, sob as penas da lei.

Enquanto contribuinte substituto não localizado no Estado de Minas Gerais, a Impugnante não tem as mesmas obrigações de um contribuinte localizado no Estado mineiro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante não reteve e nem destacou o imposto relativo à venda objeto da presente infração, em cumprimento a uma ordem judicial determinada pelo Superior Tribunal de Justiça, que concedeu à empresa Medcall o direito de não ser compelida ao pagamento antecipado do ICMS, por intermédio do sistema de substituição tributária.

O presente Auto de Infração deveria ter sua exigência amparada pelo artigo 85, II, c, do RICMS/96 que estabelece o momento da entrada da mercadoria no território mineiro como prazo para recolhimento do imposto, no caso de contribuinte mineiro que adquira os produtos relacionados no caput do art. 237 do anexo IX do RICMS/96, de outra unidade da federação, sem a retenção do imposto.

Impõe-se a nulidade do Auto de Infração em função do erro na eleição do sujeito passivo cometido pelas autoridades fiscais.

Não houve também qualquer irregularidade por parte da Impugnante, visto que cumpriu integralmente determinação judicial.

Não tendo 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.

Cabia ao fisco mineiro a busca pela verdade material e a diligência nas notas fiscais emitidas e nos livros fiscais da Medcall para a comprovação de que o ICMS exigido por antecipação por intermédio desse auto, fora devidamente recolhido para o Estado de Minas Gerais, nas operações com os referidos produtos.

Requer, ao final, a improcedência do lançamento com a conseqüente extinção do presente processo tributário administrativo.

A taxa de expediente foi recolhida conforme DAE de fls. 164.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em Manifestação Fiscal de fls. 166 a 177, refuta as alegações da defesa.

Suas contra-argumentações, sintetizadas, são:

No caso em tela não houve retenção e nem recolhimento do ICMS/ST devido, resultando na inaplicabilidade do dispositivo previsto no art. 150, §4º do CTN, submetendo-se a matéria da decadência do crédito tributário ao disposto no inciso I, do art. 173, do mesmo diploma legal (*cita Acórdãos*).

As alegações de vícios na constituição do lançamento, bem como arbitrariedade e insubsistência das acusações fiscais não passam de meras digressões, uma vez que a lavratura do Auto de Infração seguiu os ditames dos artigos 57 e 58 da CLTA/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O insigne patrono da Impugnante não percebeu que a autuação trata de crédito tributário originado pela falta de retenção de imposto sujeito ao regime de substituição tributária e que, neste caso, a multa de revalidação é aplicada em dobro.

A cobrança dos juros de mora é prevista no § único, do art. 266, da Lei 6763/75 e regulamentada pela Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Minas Gerais através da Resolução 2.880/97.

A responsabilidade da defendente pelo crédito tributário é prevista pelo art. 237 do anexo IX do RICMS/96 sendo que a existência de um comunicado formulado pela Medcall assumindo inteira responsabilidade por quaisquer efeitos decorrentes da falta de retenção do ICMS/ST devido, não produz efeitos junto à Fazenda Pública de Minas Gerais, conforme prevê o artigo 123 do CTN.

Conforme parecer emitido pela Procuradoria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, houve modificação do julgamento do Mandado de Segurança a que se refere a impugnante, por parte do Supremo Tribunal Federal.

O STF, ao julgar o agravo interposto pela Fazenda, declarou a existência de coisa julgada de decisão desfavorável à Medcall, proferida em outro processo, com as mesmas partes e mesma causa de pedir.

Como se declarou a coisa julgada, prevalece a decisão do processo anterior (ação declaratória proposta em 19.09.91, na cidade de Belo Horizonte, distribuída para a 3ª Vara de Fazenda Pública, processo nº 02491804286-2, cujo julgamento foi favorável à Fazenda Pública.

O Conselho de Contribuintes de Minas Gerais já se pronunciou sobre as questões ora suscitadas através do Acórdão 15.944/02/1ª, tendo como parte outra empresa do ramo farmacêutico localizado no Estado do Rio de Janeiro e o mesmo coobrigado.

A Impugnante alega não ter havido prejuízo para o Estado de Minas Gerais sem, contudo, comprovar, de forma inequívoca, o recolhimento do tributo devido.

Não foi apontado nenhum vício formal nas planilhas de cálculo que serviram de base para a apuração do crédito tributário, o que permite concluir pela sua propriedade e exatidão.

Requer a procedência do lançamento.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A Auditoria Fiscal determinou a realização das Diligências de fls. 182 e 201, que resultaram na anexação, pelo fisco, de cópia do parecer emitido pela Procuradora do Estado de Minas Gerais, Dra. Nilber Andrade (fls. 185 a 195) e das Listagens de Preços Praticados pelo Contribuinte no período fiscalizado (fls. 204 a 208)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Apesar de ter sido aberto aos sujeitos passivos o prazo para vista do processo (fls. 196 a 199 e fls. 209 a 212), face às duas vezes em que houve juntada de documentos, não houve manifestação, nesta oportunidade, seja da autuada ou da coobrigada.

DO PARECER DA AUDITORIA

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 216/224, opina pela procedência do lançamento.

DA NOVA MANIFESTAÇÃO DA AUTUADA

A Impugnante, de forma intempestiva e por intermédio de procurador regularmente constituído, protocola nova manifestação fiscal (fls. 228 a 231), contendo documentos (fls. 232 a 240) que, no seu entender, comprovam suas assertivas.

Reitera os argumentos de sua impugnação apresentada anteriormente e anexa aos autos, cópias de notas fiscais que registram a venda, por parte da Medcall, de produtos por ela fabricados.

Entende assim que, como o ICMS foi destacado nas notas fiscais de saída, o princípio da não cumulatividade foi devidamente cumprido.

Reforça a tese de não ter havido qualquer prejuízo ao Fisco mineiro e de que o Auto de Infração exige montante já recolhido aos cofres do Estado de Minas Gerais, razão porque não pode ser mantido.

Requer verificação dos livros fiscais da empresa Medcall por perito fiscal especializado, a fim de que comprovado o recolhimento, pelo sistema convencional de apuração (débito e crédito), e a total ausência de prejuízo ao Fisco mineiro.

Protesta, por fim, pela improcedência do lançamento.

DA NOVA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, às fls. 166 a 177, também apresenta suas considerações.

Ressalta que a análise das notas fiscais apresentadas pela Impugnante, demonstra que os preços adotados pela Medcall são exatamente os mesmos ou até mesmo inferiores aos preços fábrica cobrados pela Produtos Roche nas suas listas de preços em vigor.

Revela que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais vem reiteradamente se manifestando contrário aos pedidos de perícia envolvendo a Mecall e cita acórdãos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA DECISÃO ANTERIOR DA 3ª CÂMARA DO CC/MG

Tendo o presente processo vindo a julgamento na 3ª Câmara deste Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, aos 19 de novembro de 2003, naquela oportunidade, conforme decisão de fls. 253, em preliminar, à unanimidade, deliberou a Câmara pela juntada dos documentos protocolados pela Autuada em 20/10/2003, sob o protocolo de nº 83456119020034, e remessa dos autos à Auditoria Fiscal para manifestação, nos termos do art. 105 da CLTA/MG.

DA MANIFESTAÇÃO DA AUTUADA

A Impugnante junta aos autos os documentos de fls. 261 a 302 e, às fls. 255 a 260, diz que foi judicialmente oficiada a não realizar a retenção e recolhimento antecipado do ICMS, por intermédio de ofício do Juízo da 2ª Vara Cível de Poços de Caldas, e que tal ofício decorreu de medida judicial de atentado com Pedido de Antecipação de Tutela vinculada ao Mandado de Segurança nº 14.787.

Entende não restar dúvidas quanto à responsabilidade do contribuinte mineiro pelo recebimento de mercadoria sem a retenção do ICMS e não da Impugnante, empresa localizada no estado do Rio de Janeiro.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, às fls. 306 a 308, também apresenta suas considerações.

Explica que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo interposto pela Fazenda de Minas Gerais, modificou o julgamento do Mandado de Segurança em questão, tornando a decisão favorável ao Estado de Minas Gerais ao declarar a existência de coisa julgada.

Ressalta que prevaleceu a decisão do processo anterior reconhecendo a legalidade da substituição tributária e que tal decisão restaurou a sujeição da Medcall Produtos Farmacêuticos ao regime da substituição tributária aplicável às operações interna e interestaduais com os produtos elencados no Convênio 76/94 e pelo art. 237 do Anexo IX do RICMS/96.

Esclarece que, uma vez restaurado o regime de substituição tributária a que se sujeita a operação realizada, não existe qualquer impedimento de ordem legal para a eleição da Autuada como sujeito passivo.

Afirma que a eleição do sujeito passivo nos termos do art. 85, inciso II, alínea “c” do RICMS/96, somente se aplica nos casos de medicamentos oriundos do estado de São Paulo que, desde 20.10.1997, denunciou o Convênio 76/94.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acrescenta que o Parecer emitido pela Dra. Nilber alerta que as referidas ações judiciais (mandado de segurança e ação declaratória) foram propostas e tiveram por fundamento legal, normas jurídicas que já se encontram completamente modificadas, quais sejam, o Decreto Estadual 32.848/91 e o Protocolo ICM 14/85, anteriores à Emenda Constitucional 03/93 e à Lei Complementar 87/96.

DO PARECER DA AUDITORIA

A Auditoria Fiscal, às fls. 310/311, ratifica os termos de seu parecer de fls. 216 a 224 e propõe a procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

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, Dra. 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.

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 que a argumentação em torno de suposta segurança definitiva obtida pela Coobrigada no âmbito judicial é apenas protelatória.

Preliminar 2:

Entende a Impugnante que, no caso em questão, a fiscalização, ao não especificar a correta capitulação da suposta infração praticada e 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ocorre, entretanto, que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza da infração e a pessoa do infrator.

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:

A Impugnante 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%.

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.

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 4:

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 16/12/2002, e dele devidamente intimadas a Autuada e a coobrigada no dia 18/12/2002 (fls. 07 e 09), claro está que a formalização do crédito tributário, relativamente àquele período (exercício de 1997), 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 Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos 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 no período fiscalizado de 01/01/97 a 31/12/97.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 13 a 17, anexas ao Auto de Infração.

Estas 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 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 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*

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

*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 e anexadas pelo fisco às fls. 204 a 208, em atendimento à diligência da Auditoria Fiscal, 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 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 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.

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.

Apesar dos fatos geradores da presente exigência fiscal serem anteriores a 31/12/97 (período para o qual a MR legalmente prevista era de 100%), ressalta-se a correção do proceder fiscal em aplicar a MR como o dobro de 50% do valor do imposto consoante o art. 56, inciso II, § 2º 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Como bem rebateu o fisco em sua manifestação, não há, mesmo com a anexação dos documentos de fls. 232 a 240, qualquer comprovação de recolhimento do ICMS/ST sobre os medicamentos vendidos pela Produtos Roche à Medcall.

Ainda que as vendas praticadas pela empresa mineira Medcall tenham se realizado com débito do imposto, fato é que não houve qualquer agregação de valor em relação àqueles referentes às operações entre a autuada Produtos Roche e a coobrigada Medcall, ou seja, não se pode pretender afirmar que o ICMS/ST, devido pelas posteriores operações e que não foi destacado pela Roche em suas notas fiscais, foi recolhido face aos destaques nas notas fiscais de saída da Mecall.

O procedimento das empresas envolvidas foi equivocado, na medida em que deliberadamente preteriram o instituto da substituição tributária, previsto para os produtos em questão, a fim de realizarem as operações pelo sistema normal de débito e crédito.

Ainda que alguma agregação de valor houvesse sido realizada pela Medcall, permaneceria equivocado o seu procedimento.

Ressalte-se que a diligência pretendida pela Impugnante nos livros e notas fiscais da Medcall se revela desnecessária para o deslinde da questão tratada nos autos.

Com a manifestação e juntada dos documentos protocolados pela Autuada em 20/10/2002, sob o protocolo nº 83456119020034 (fls. 255/302), a mesma alega que foi judicialmente oficiada a não realizar a retenção e recolhimento antecipado do ICMS, por intermédio de ofício do Juízo da 2ª Vara Cível de Poços de Caldas (fls. 291), enquanto que o Fisco ressalta que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo interposto pela Fazenda de Minas Gerais, modificou o julgamento do Mandado de Segurança em questão, tornando a decisão favorável ao Estado de Minas Gerais ao declarar a existência de coisa julgada, fazendo prevalecer a decisão do processo anterior que reconhece a legalidade da substituição tributária.

A douta Procuradora da Fazenda Estadual, Dra. Nilber Andrade, no Parecer de fls. 185 a 195, 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.

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, de sorte que não existe qualquer impedimento legal para a eleição da Autuada como sujeito passivo do presente Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os demais argumentos da Impugnante, não se revelam suficientes para desconstituir o crédito tributário formalizado.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em 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. Juliano Di Pietro e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 18/03/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator