

Acórdão: 16.615/04/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112357-05
Impugnante: Glaxo Wellcome S/A
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda
Proc. S. Passivo: Nanci Gama/Outros
PTA/AI: 01.000144319-02
CNPJ: 33.172560/0001-82
Origem: DF/SUFIS/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatadas vendas 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 autuação versa sobre a imputação fiscal de realizações 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 de 01 de janeiro de 2000 a 31 de março de 2001.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação, às fls. 226/233, aos argumentos seguintes:

- a empresa Medcall, em virtude de determinação judicial resultante de Mandado de Segurança devidamente impetrado, estava autorizada a realizar suas operações sem se sujeitar às regras da substituição tributária;

- a própria Procuradoria do Estado, em seu Parecer, reconhece que a Medcall informou a seus diversos fornecedores, assim como à Impugnante, sua vitória no Recurso Especial nº 58.212, razão pela qual, amparados por tal decisão, estes seriam autorizados a não reter e recolher o imposto devido por substituição tributária;

- não é possível que lhe seja imputada a responsabilidade pelo não recolhimento do imposto por substituição, uma vez que, de boa-fé, acatou e respeitou a decisão proferida em Mandado de Segurança;

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- está totalmente desonerada da respectiva obrigação fiscal perante o Estado de Minas Gerais, a qual foi transmitida à Medcall, que se tornou responsável pelo recolhimento do imposto referente às operações subsequentes por ela realizadas, consoante Cláusula 1ª, parágrafo 3º do Convênio ICMS nº 76/94 e artigo 29 do RICMS/96;

- não está consignada no Auto de Infração, a verificação por parte do Fisco, quanto ao recolhimento ou não do ICMS, por parte da Medcall, no que respeita às operações subsequentes por ela realizadas com seus respectivos clientes, especialmente por se tratar de estabelecimento atacadista e não consumidor final;

- o regime de substituição tributária não autoriza, em razão do princípio da estrita legalidade em matéria tributária, que seja exigido mais de uma vez o ICMS incidente sobre uma mesma operação, sob pena de caracterização de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal;

- contesta a aplicação da multa de 100% do valor do imposto que, no seu entender, é totalmente descabida pois destina-se a punir os contribuintes substitutos que indevidamente, ou melhor dizendo, de forma dolosa, não repassaram o imposto, por eles retido, aos cofres do Estado, o que não ocorreu na hipótese em causa.

Ao final solicitam a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta aos fundamentos que se seguem, às fls. 255/264:

- a responsabilidade da Defendente pelo crédito tributário é prevista pelo artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96 sendo que a existência de ofício expedido pelo Juízo da 2ª Vara Cível de Poços de Caldas não impede o Fisco de considerar que a execução de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, estando pendente o cabível recurso para o Supremo Tribunal Federal, visando a declaração da existência de coisa julgada, é necessariamente provisória, conforme artigo 587 do Código de Processo Civil;

- o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o agravo interposto pela Fazenda, 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;

- o parecer da Procuradora Nilber de Andrade alerta que as ações judiciais (mandado de segurança e ação declaratória) foram propostas e tiveram por fundamento legal normas jurídicas que já se encontram completamente modificadas;

- 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, nos termos do artigo 237 do Anexo IX do RICMS/MG;

- a responsabilidade pela remessa dos medicamento sem retenção e recolhimento do ICMS torna-se solidária, ou seja, o remetente (Autuada) e o destinatário (Medcall) respondem solidariamente pelo tributo devido, compondo o pólo

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

passivo da autuação, não comportando benefício de ordem nos termos dos artigos 124 e 125 do Código Tributário Nacional;

- discorda da pretensão manifestada pela Autuada de ser excluída da autuação com base no artigo 29 do RICMS/96 pois tal ditame somente se aplica nos casos de medicamentos oriundos do Estado de São Paulo, o qual, desde 20 de outubro de 1997, denunciou o Convênio nº 76/94;

- não é possível considerar a argumentação da Impugnante de que agiu de boa-fé, em virtude da responsabilidade por infrações à legislação tributária ser objetiva, isto é, não depender da intenção do sujeito passivo;

- não merece acolhida a alegação de estar consignada no Auto de Infração a verificação quanto ao recolhimento ou não do ICMS por parte da Medcall, pois nos termos da CLTA/MG, o Auto de Infração goza de presunção de legitimidade;

- caberia à Impugnante ou mesmo à Coobrigada apresentar documentos comprovando suas alegações o que efetivamente não ocorreu e mesmo que o destinatário mineiro entenda que recolheu um imposto indevido, cabe-lhe proceder ao pedido de restituição de indébitos, que será objeto de análise da Fazenda Estadual em outro Processo Tributário Administrativo;

- a legislação mineira não tem gradações diferentes para falta de retenção ou falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária, sendo que os dois fatos estão sujeitos à cobrança da multa de revalidação em dobro, ou seja, 100%;

- o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais já se pronunciou sobre as questões ora suscitadas através de diversos Acórdãos;

- 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.

Por fim requer a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em Parecer de fls. 269/276, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS e MR em face da imputação fiscal feita a Impugnante de ter promovido 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 de 01 de janeiro de 2000 a 31 de março de 2001.

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

No entanto, o Fisco por considerar que a obrigação de recolhimento antecipado do ICMS através do regime de substituição tributária foi restaurada autuou a empresa Glaxo Wellcome S/A, por falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST e lançou a adquirente das mercadorias como Coobrigada.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 25 a 192, anexas aos autos, as quais 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 devido pelas operações próprias da Impugnante 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 Impugnante, como já dito, consistiu na falta de retenção e recolhimento do imposto devido pelas subsequentes operações realizadas pelo contribuinte destinatário estabelecido em Minas Gerais, no caso, Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.

No tocante à base de cálculo utilizada pelo Fisco para determinar a matéria tributável verificamos que a mesma atendeu o que determinam as normas que regem o assunto, sendo portanto aplicável o artigo 88 da CLTA/MG, que determina não competir ao órgão julgador administrativo a negativa norma estadual.

Acrescente-se ainda que a infringência e a penalidade estão corretamente capituladas no Auto de Infração e, uma vez que a Defendente deixou de reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, a multa de revalidação foi aplicada corretamente.

Quanto à eleição do adquirente dos produtos como Coobrigado, temos que o artigo 29 do RICMS/96 é claro ao atribuir ao destinatário que receber mercadoria sujeita à substituição tributária sem a retenção do imposto, a responsabilidade pelo recolhimento da parcela devida.

Sendo assim, restando clara a inexistência da retenção do imposto por parte do remetente da mercadoria (substituto tributário), correta a eleição da empresa mineira Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda para também figurar no pólo passivo da presente obrigação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da análise da Impugnação apresentada verifica-se que consta da mesma a alegação de que a Medcall, adquirente das mercadorias, provavelmente destacou o ICMS em suas operações próprias, no momento das vendas das mercadorias.

No entanto, tal procedimento não foi comprovado nos autos e, ainda que este tenha sido uma realidade, como bem observado no Parecer da Auditoria Fiscal, o fato é que tal procedimento terá sido equivocado uma vez que criou para os contribuintes em questão uma sistemática particular de tributação.

Ainda, nos termos do Parecer da Auditoria Fiscal, também concordamos que 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.”

Sendo assim, em face de todo o exposto e, das alegações constantes dos autos, bem como da comprovação de que efetivamente houve falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas operações interestaduais realizadas com medicamentos, não merece prosperar a defesa apresentada devendo o feito fiscal ser mantido.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Antônio Jorge de Freitas Lopes (Revisor), Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 23/06/04.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora

LMMP/EJ