

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 16.418/04/3ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112257-26
Impugnante: Glaxo Wellcome S.A. (Autuada)
Coobrigada: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.
Proc. S. Passivo: Nanci Gama/Outro(s)
PTA/AI: 01.000143834-95
Inscrição Estadual: 048.765689.0095 (Autuada)
518.634368.0009 (Coobrigada)
Origem: DF/DGP - BHTE

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. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que 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 efetuar a retenção e o recolhimento do imposto devido, no período fiscalizado de 01/01/1998 a 31/12/1999.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 225/231, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 243/252.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 261/268, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

OBSERVAÇÃO INICIAL:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O fisco anexa aos autos cópia do Parecer da Procuradora da Fazenda Estadual, Dr.a 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.

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.

A decisão do STF, ao julgar o Agravo interposto pela Fazenda de Minas Gerais, restaurou a sujeição da Medcall Produtos Farmacêuticos ao regime de substituição tributária aplicável às operações internas e interestaduais com os produtos elencados no Convênio 76/94 e pelo art. 237, do Anexo IX, do RICMS/MG.

MÉRITO:

O feito fiscal refere-se à realização, pela Autuada - Glaxo Wellcome 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 01/01/98 a 31/12/99.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 26 a 171, 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.

Nas citadas planilhas, os valores mensais que deixaram de ser destacados e, conseqüentemente 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 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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. 172 a 218, 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).

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 de 50% foi aplicada em dobro consoante o §2º, do art. 56, da Lei 6.763/75.

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 não está consignado no auto de infração em causa, 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 os seus respectivos clientes. Entretanto, ainda que tenha sido uma realidade este procedimento de se debitar e recolher, na sistemática comum de débito e crédito, os valores originalmente devidos a Minas Gerais a título de ICMS/ST, o fato é que o mesmo terá sido equivocado uma vez que terá criado para os contribuintes em questão uma sistemática particular de tributação.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Se a empresa mineira (Medcall), frente aos alegados 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.

A Impugnante depreende do parecer da Procuradora Nilber Andrade (fls. 08/18) que a Coobrigada - Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda. - foi autuada pelo Fisco mineiro quanto à exigência fiscal em questão.

De fato, o que se pode extrair do parecer da ilustre Procuradora do Estado, Dra. Nilber Andrade, é que contra a Coobrigada foram formalizados vários outros PTA's, mas não se pode afirmar, como fez a Impugnante, que se está cobrando, em duplicidade, o ICMS sobre uma mesma operação.

Esta conclusão a que chegou a Impugnante revela-se como uma tentativa desesperada de apontar vícios no lançamento, entretanto, sem qualquer base fática.

Não se pode simplesmente alegar por alegar. O Auto de Infração é uma peça que necessariamente contém, por determinação legal e regulamentar, além de vários outros elementos, a descrição clara e precisa do fato que motivou a sua lavratura e das circunstâncias em que tal fato foi praticado, de sorte que, a tarefa de apontar possíveis PTA's que exigem ICMS em duplicidade é uma tarefa simples e banal.

A Impugnante, entretanto, apesar de tudo, não aponta sequer um único PTA que contenha, ainda que parcialmente, exigência de ICMS que se inclui neste Auto de Infração.

Não é verosímil à alegação da Autuada, ainda mais considerando-se que, segundo o art. 109 da CLTA/MG o auto de infração goza de presunção de legitimidade, que pode ser ilidida por prova inequívoca do sujeito passivo e não por meras digressões.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Regina Beatriz dos Reis e Juliana Diniz Quirino (Revisora).

Sala das Sessões, 04/05/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

José Eymard Costa
Relator