

Acórdão: 16.621/04/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112256-45
Impugnante: Smithkline Beecham Brasil Ltda.
Coobrigada: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.
Proc. S. Passivo: Luciana Andrade Dornelles/Outro(s)
PTA/AI: 01.000143228-44
CNPJ: 33.247743/0004-62
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. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

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 o destaque e o recolhimento do imposto devido, no período fiscalizado de 01/01/1998 a 30/06/1999.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 99/105, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 145/154.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 160/167, opina pela procedência do lançamento.

A 3.^a Câmara de Julgamento, em sessão realizada no dia 04/05/2004, converte o julgamento na diligência de fl. 169, destinada à Advocacia Geral do Estado, para que esta se manifestasse sobre a notificação judicial de fls. 120 e 133 e sobre sua repercussão sobre o feito fiscal.

Após a manifestação da Advocacia Geral do Estado (fl. 171), foi concedida vista dos autos à Autuada, a qual declarou ter examinado o presente PTA (fl. 176), mas não se pronunciou sobre a diligência.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 180/181, ratifica seu posicionamento anterior, opinando mais uma vez pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Esclarecimentos Iniciais:

A empresa *Smithkline Beecham Brasil Ltda.* (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 anexa aos autos cópia do Parecer da Procuradora da Fazenda Estadual, Dr.^a Nilber Andrade, onde esta se pronuncia 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. 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.

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.

Não obstante o acima exposto, em sessão realizada no dia 04/05/2004, a 3.^a Câmara de Julgamento decidiu remeter os autos à Advocacia Geral do Estado para que esta se manifestasse sobre a notificação judicial de fls. 120 e 133 e sobre sua repercussão sobre o feito fiscal.

Atendendo à solicitação da 3.^a Câmara, a Advocacia Geral do Estado, representada pelo Dr. Marismar Cirino Motta, assim se pronunciou (fl. 171):

“...os documentos de fls. 120 e 133, extraídos do processo n.º 21.406, indica a existência de decisão favorável ao contribuinte, em 16 de junho

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de 1997, mas que foi substituída por decisão final do Supremo Tribunal Federal, no agravo de instrumento n.º 216.991-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18.06.1998, conforme amplamente abordado em pareceres da lavra da Dr.ª Nilber Andrade, bem assim no memorando de fls. 08/18 dos autos.”

Portanto, a aludida notificação judicial não tem qualquer efeito sobre o presente feito fiscal.

DO MÉRITO

O feito fiscal refere-se à realização, pela *Smithkline Beecham Brasil Ltda.* (Autuada) de operações de saídas de medicamentos sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária para o contribuinte mineiro *Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.* (Coobrigada) sem o destaque e o recolhimento do imposto devido, no período compreendido entre 01/01/98 e 30/06/99.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 25 a 68, 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.

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 destinatário estabelecido em Minas Gerais, no caso, *Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.*

A base de cálculo utilizada pelo Fisco para determinar a matéria tributável, no que diz respeito a medicamentos, 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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 69/89, 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, 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. 23 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 de 50 % foi aplicada em dobro consoante o § 2º, do art. 56, da Lei 6.763/75.

A responsabilidade da Impugnante e a conseqüente eleição da mesma como sujeito passivo deste Auto de Infração é inconteste, conforme se depreende do disposto no art. 237, do Anexo IX, do RICMS/96:

“Art. 237 - O estabelecimento industrial fabricante e o estabelecimento importador, situado em outra unidade da Federação, nas remessas para contribuinte deste Estado, dos produtos a seguir relacionados, classificados nos respectivos códigos ou posições da NBM/SH, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüente, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário:”

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 também 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 subseqüentes 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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 a 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, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Juliana Diniz Quirino (Revisora), que o julgavam parcialmente procedente, para excluir a Smithkline Beecham Brasil Ltda. do pólo passivo da obrigação tributária. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou

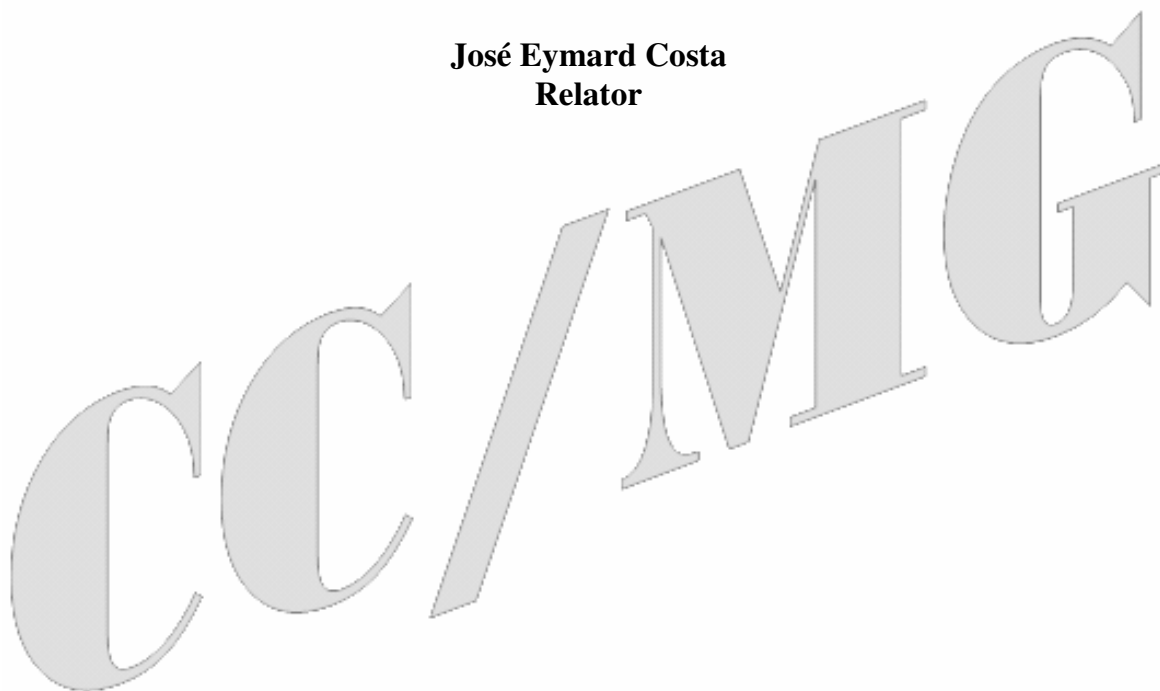
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

oralmente o Dr. José Roberto de Castro. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Juliana Diniz Quirino (Revisora).

Sala das Sessões, 15/09/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

José Eymard Costa
Relator



CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 16.621/04/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112256-45
Impugnante: Smithkline Beecham Brasil Ltda.
Coobrigada: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.
Proc. S. Passivo: Luciana Andrade Dornelles/Outro(s)
PTA/AI: 01.000143228-44
CNPJ: 33.247743/0004-62
Origem: CONEXT/RJ - DGP/SUFIS

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Decorre o presente processo de fiscalização em estabelecimento, iniciada em 22.10.03, tendo por período das operações os meses de jan./98 a junho/99.

Constatou-se que o contribuinte realizou operações de saídas de medicamentos sujeitas à retenção do ICMS/ST, para o contribuinte mineiro Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda., sem o destaque e o recolhimento do imposto devido, não observando o estabelecido pelo Convênio ICMS 76/94.

O destinatário (Coobrigado) impetrara Mandado de Segurança, visando não ser obrigado a se submeter ao regime de substituição tributária progressiva. Logrou êxito na obtenção de liminar, da qual foi devidamente notificada a empresa autuada, conforme se verifica dos documentos acostados aos autos.

À empresa autuada, pessoalmente notificada, não cabia outra alternativa que não o acatamento da ordem judicial para abster-se de efetuar o recolhimento do ICMS/ST relativo às operações que tivessem por destinatária das mercadorias a empresa Medcall Produtos Farmacêuticos.

Ao entregar as mercadorias sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST, foi transmitida à empresa receptadora a responsabilidade pelo recolhimento do imposto referente às operações subsequentes por ela realizadas (Cláusula 1^a, § 3º, Convênio 76/94; e art. 29, § 1º, do RICMS).

Importante consignar que a relação processual é de direito público e se relaciona com o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional, consistente no poder de solucionar os litígios e assegurar o império da ordem jurídica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A força vinculatória e imperativa das decisões judiciais tem sua razão na própria autoridade do Estado.

A se permitir o não acatamento de ordens judiciais que o jurisdicionado considere questionáveis, ter-se-á a instabilidade das relações e o fim do império da ordem jurídica. Conseqüentemente, o fim do Estado moderno, o qual se baseia no tripé povo-território-poder; sem um dos elementos – no caso, o poder decorrente de sua ordem jurídica – não se tem o próprio Estado.

O contribuinte autuado não foi parte no processo mandamental e, a princípio, as decisões a ele relativas não lhe seriam afetas, favorecendo-lhe ou prejudicando-lhe. Mas, no plano do direito material e das relações com a Impetrante, os efeitos destas decisões se projetariam em sua esfera de direitos e obrigações, razão pela qual se tornou necessária a expedição de ofício às fornecedoras de medicamentos determinando-lhes o não recolhimento do ICMS/ST e, desta forma, garantindo-lhes que não seriam punidas por agir conforme tal comando judicial.

Conclui-se, pois, que a empresa SmithKline Beecham Brasil Ltda. absteve-se de reter e recolher o imposto em estrito cumprimento à decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança Preventivo n. 14.787/92, impetrado pela Medcall produtos Farmacêuticos Ltda., perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas/MG. Decisão esta da qual fora pessoalmente intimada, através de ofício expedido pelo Juízo competente.

Desta forma, não há de ser a empresa autuada responsabilizada pelo não recolhimento do imposto.

Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir do pólo passivo a empresa SmithKline Beecham Brasil Ltda..

Sala das Sessões, 15/09/04.

Juliana Diniz Quirino
Conselheira