

Acórdão: 16.640/04/3ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112216-82
Impugnante: Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough SA
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda
Proc. S. Passivo: Juliano Di Pietro/Outros
PTA/AI: 01.000143777-03
Inscr. Estadual: 048.766069.0038 (Aut.), 518.634368.0009 (Coob.)
Origem: DF/DGP – Belo Horizonte

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. Corretas as exigências de ICMS e MR. 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 01/01/2000 a 31/03/2001.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 143 a 177, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 309/331.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 335/345, opina pela procedência do lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento converte o julgamento em diligência (fls. 348) para que a Advocacia Geral do Estado, nos termos do artigo 11 da CLTA/MG, se manifeste sobre o documento de fls. 256, bem como sobre os efeitos da decisão de fls. 276, que julgou “prejudicado o agravo”.

A Advocacia Geral do Estado, às fls. 350, presta os esclarecimentos solicitados, a Autuada se manifesta às fls. 356/362 e o Fisco às fls. 401/402.

A Auditoria Fiscal, às fls. 404/405, ratifica seu entendimento anterior.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão, salvo algumas alterações e inclusões.

Preliminares

A Impugnante alega que o AI não contém elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração, bem como a descrição circunstanciada do fato punível ou dos fatos concretos que justifiquem a exigência do tributo e o dispositivo legal infringido nos termos do art. 142 do CTN.

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

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.

A impugnante informa ainda que, tendo sido intimada da lavratura do auto de infração em 02 de dezembro de 2003, não recebeu qualquer planilha de apuração do crédito tributário naquela data, somente em 10 de dezembro de 2003, sem que lhe fosse reaberto prazo para defesa, restando caracterizado o cerceamento do direito de defesa da impugnante.

Vê-se pelo AR de fls. 139 que a Impugnante recebeu, em 02 de dezembro de 2003, o ofício 809/03/CON, o anexo à autuação fiscal (5 folhas), o DCMM (1 folha), o parecer da procuradoria MG (11 folhas) e 11 folhas do relatório de apuração do ICMS/ST devido referente ao auto de infração em tela.

Somente em 12 de dezembro de 2003 (AR de fls. 137) a Autuada recebeu o restante do relatório do ICMS/ST devido (da folha 12 à folha 101), apesar de ambos objetos constantes dos ARs terem sido postados no mesmo dia, 27/11/2003.

Ainda que a defasagem entre as datas de recebimento de documentos relativos ao auto de infração ora questionado seja uma realidade, fato é que a Autuada protocolizou sua impugnação no dia 18 de dezembro de 2003, ou seja, após 16 dias da primeira intimação e 6 dias da segunda intimação.

A alegação da Impugnante de que houve cerceamento de defesa somente se justificaria se a sua impugnação fosse declarada intempestiva pela consideração da primeira data de recebimento em detrimento da segunda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na medida em que a apresentação da impugnação se deu de forma tempestiva, considerando qualquer uma das datas, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Esclarecimentos Iniciais

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.

Acrescenta 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.

O fisco 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 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.

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

Atendendo à solicitação da 3ª Câmara, a Advocacia Geral do Estado, representada pelo Dr. Marismar Cirino Motta, assim se pronunciou (fl. 350):

“...os documentos de fls. 256, extraído do processo n.º 21.406, indica a existência de decisão favorável ao contribuinte, em 16 de junho 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. Não custa enfatizar, por fim, que a matéria foi amplamente abordada em pareceres da lavra da Drª Nilber Andrade, bem assim no memorando de fls. 14/24, dos autos”.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, o entendimento expresso pelo Órgão responsável pelo controle de legalidade no âmbito do Poder Público Estadual, é que 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 posição da Advocacia Geral do Estado é de que 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.

Pelo exposto, discussões acerca dos efeitos da Decisão do STF fogem da competência deste Órgão administrativo, que deve, nos termos do artigo 11 da CLTA/MG, observar a orientação expressa do Órgão responsável pelo controle da legalidade no âmbito do Poder Público.

Registre-se, por oportuno, que as exigências deste PTA referem-se ao período de 01/01/2000 a 31/03/2001, o ofício do Juízo da 2ª Vara Cível de Poços de Caldas (fl. 256) é de 16.06.1997 e a decisão do STF de 27 de maio de 1998.

Portanto, o ofício encaminhado à Autuada em 1997, não pode assegurar-lhe o direito de não efetuar o destaque e recolhimento do imposto devido por substituição tributária relativamente aos fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2000 e 2001.

Mérito

O feito fiscal refere-se à realização, pela autuada Ind. Quím. e Farmacêutica Schering Plough 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.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 25 a 125, anexas ao Auto de Infração.

Estas planilhas contêm a descrição dos produtos, quantidade, valor unitário, descontos concedidos, margem de comercialização, 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 recolhidos ao erário mineiro, são apresentados na coluna “diferença ICMS/ST”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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 (fls. 126 a 136) 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 nestas listagens os valores relativos ao Preço Máximo ao Consumidor (11ª coluna: "Unid. Venda Máximo Consumidor") correspondem à divisão dos preços de fábrica referentes a SP/MG (9ª coluna) por 0,9318 (zero vírgula nove três um oito) e por 0,7 (zero vírgula sete).

A primeira divisão por 0,9318 se prende ao fato de que os preços de fábrica relativos à São Paulo e Minas Gerais, constantes destas planilhas, estão subtraídos da parcela resultante do repasse de 6,82%, a título de desconto, do diferencial de ICMS entre o Estado de origem e o de destino, repasse este obrigatório por força do disposto no §2º, do art. 2º, da Portaria nº 37, de 11/05/92, do Ministério da Economia Fazenda e Planejamento, que dispõe:

Art. 2º

§2º As unidades produtoras e as de comércio atacadista/intermediário repassarão obrigatoriamente às unidades varejistas, o diferencial de ICMS entre o estado de origem e o de destino, bem como colocarão os produtos CIF no destinatário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destarte, a utilização dos valores presentes na coluna “Unid. Venda Máximo Consumidor” destas planilhas, revelou perfeito e adequado à legislação.

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. 13 dos autos, o disposto no parágrafo quarto, da cláusula primeira, do Convênio ICMS 04/95 e art. 239, §3º, do Anexo IX do RICMS.

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, ficando o fisco no direito de rever seu posicionamento exigindo, em outro lançamento, a diferença glosada neste feito.

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 também figurar no pólo passivo da obrigação tributária.

A Impugnante junta aos autos cópias de vinte e três notas fiscais emitidas pela coobrigada e ressalta que, ainda que não tenha 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, conforme comprovam as referidas notas.

A anexação de tais cópias de documentos fiscais não se presta ao fim pretendido pela Impugnante uma vez que todas as notas fiscais (fls. 278 a 300) têm, como destinatários, estabelecimentos situados no Estado de São Paulo, Estado este que, em 1997, denunciou o Convênio de Medicamentos.

Assim, a anexação de tais notas fiscais não justifica a falta de recolhimento de todo o valor exigido a título de ICMS/ST já que tais notas não poderiam realmente

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ter sido emitidas de outra forma, que não com destaque do ICMS devido na operação própria da Medcall.

Ainda que tenha sido uma realidade o 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, envolvendo produtos sujeitos à sistemática da Substituição Tributária, 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 possíveis 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.

No tocante às alegações relativas aos juros de mora e à taxa SELIC, deve-se registrar que a imposição fiscal está perfeitamente adequada à legislação que regula a matéria, no caso a Lei 6763/75, em seu artigo 226. Inclusive, 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.

A aplicação da taxa SELIC encontra suporte jurídico na Lei Federal 9.250/95 em seu art. 39, §4º e Lei Federal 9.430/96.

A cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado são disciplinados pela Resolução 2.880 de 13 de outubro de 1997, editada tendo em vista o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei 6763/75, que estabelecem vinculação dos critérios adotados para cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não-pagamento de tributos e multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Relator) e Juliana Diniz Quirino, que o julgavam parcialmente procedente para excluir do pólo passivo da obrigação tributária a Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough SA (Autuada). Designada relatora a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora). O PTA deverá ser remetido à DCRC para proceder a reordenação de suas folhas. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Juliano Di Pietro e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Aguiar Machado. Participou do julgamento, além da signatária e dos retro citados, o Conselheiro José Eymard Costa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sala das Sessões, 28/09/04.

**Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente/Relatora**

cc/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	16.640/04/3 ^a	Rito: Ordinário
Impugnação:	40.010112216-82	
Impugnante:	Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough SA	
Coobrigado:	Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda	
Proc. S. Passivo:	Juliano Di Pietro/Outros	
PTA/AI:	01.000143777-03	
Inscr. Estadual:	048.766069.0038 (Aut.), 518.634368.0009 (Coob.)	
Origem:	DF/DGP – Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, 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.

Trata a presente autuação de constatação de que a empresa Autuada realizou operações de saída de medicamentos sujeitas à retenção do imposto por substituição tributária para o contribuinte mineiro sem a retenção e recolhimento do imposto.

Conforme se depreende dos autos, a empresa Autuada não reteve e não recolheu o imposto devido por substituição tributária em razão de decisão judicial.

Alega a empresa que a empresa Coobrigada Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda. teve concedido o direito definitivo de não ver recolhido o ICMS por substituição de suas operações, em decisão judicial e que não lhe restava outra alternativa senão a de seguir a determinação judicial, uma vez que arcava com obrigação de outrem, tal como ocorre nas operações sujeitas à substituição tributária.

Os documentos de fls. 256 e 276 dos autos, objetos de decisão preliminar da 3^a Câmara de Julgamento em 05/05/04, foram considerados irrelevantes pela Advocacia Geral do Estado para modificar a situação dos autos, conforme se vê da resposta de seu ilustre representante às fls. 350.

Entretanto, “data vênua”, o que se vislumbra é que a decisão judicial de fls. 256 determina à empresa Autuada que venda seus produtos à Coobrigada sem retenção e recolhimento do imposto.

Assim sendo, agiu a empresa Autuada em estrito cumprimento ao *decisum*, como não poderia deixar de ser. Decisão judicial deve ser cumprida e não discutida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que diz respeito à decisão de fls. 276, verifica-se que o Relator Ministro Ilmar Galvão julgou prejudicado o recurso de agravo interposto pela FPE, tendo em vista a configuração da coisa julgada.

Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir do pólo passivo da obrigação tributária a empresa Autuada Indústria Química e Farmacêutica Schering Plough S/A.

Sala das Sessões, 28/09/04.

Luiz Fernando Castro Trópia
Conselheiro

CC/MG