

Acórdão: 17.497/06/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112436-27
Impugnante: Merck S.A Indústrias Químicas (Autuada)
Coobrigado: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.
Proc. S. Passivo: Dalton Cecchetti/Outros (Autuada)
PTA/AI: 01.000144324-02
Inscr. Estadual: 048.771161-0010
Origem: DF/DGP-SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO – Constatou-se a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST em operações de vendas de medicamentos a contribuinte mineiro, no período de janeiro/1999 a março/2001. Não acolhida as razões de defesa de que seu procedimento encontrava-se amparado em decisão judicial, vez que a Fazenda Pública Estadual reverteu o julgamento do Resp. 58.512, referido na peça impugnatória. Infração caracterizada nos termos do art. 237, do Anexo IX do RICMS/96, vigente à época. Legítimas, portanto, as exigências de ICMS/ST e MR. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST relativo a operações de vendas de medicamentos para contribuinte mineiro (Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.), no período compreendido entre janeiro/1999 a março/2001.

Lavrado em 27/01/04 - AI exigindo ICMS/ST e MR (100%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 196/203.

O Fisco se manifesta às fls. 339/350, refutando as alegações da Impugnante.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 354/361, opina pela procedência do Lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 363 para a juntada de cópia do ofício expedido pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Poços de Caldas/MG, citado às fls. 197, com posterior remessa dos autos à Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais para que se manifeste sobre o mesmo.

Em atendimento ao interlocutório a Autuada, anexada aos autos (fls. 371) cópia do “Mandado de Intimação”, ordenando que as vendas efetuadas pela Autuada com destino a empresa Medcall fossem realizadas sem retenção e recolhimento do imposto, bem como se manifesta às fls. 369 e 370.

O Fisco se pronuncia acerca do referido documento (373), argumentando que o mesmo não elide o feito fiscal.

A Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais manifesta-se às fls. 377/379.

A Auditoria Fiscal em parecer de fls. 380/382, ratifica posicionamento já externado.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

“Alega a Impugnante/Atuada 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.

No entanto, a cópia do Parecer da Procuradoria da Fazenda Pública Estadual (da lavra da Dra. Nílber Andrade), acostada aos autos pelo Fisco às fls. 17/27, deixa evidenciado não assistir razão à Impugnante.

A Douta Procuradora, além de se pronunciar pela não aplicabilidade do artigo 11 da CLTA/MG 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.

Ademais, 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 pois 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

O feito fiscal refere-se à realização, pela Autuada Merck 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 01/01/99 a 31/03/01.

As notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas nas planilhas de fls. 28 a 151, 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, conseqüente 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.

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 mencionada Portaria previa no dispositivo acima referido 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. 152 a 189, permitiram a obtenção da indispensável certeza de que as bases de cálculo do ICMS/ST utilizadas pelo fisco atendem às disposições da Portaria nº

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 15 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, 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 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 posto 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.

O quadro apresentado pelo Fisco às fls. 346 onde o mesmo faz comparações matemáticas entre os valores recolhidos pela Medcall relativamente a substituição tributária e aqueles reclamados por Minas Gerais em virtude das vendas para a referida empresa sem a devida retenção do ICMS/ST, oriundas apenas de indústrias farmacêuticas localizadas no Estado do Rio de Janeiro é uma demonstração contundente de que o erário mineiro, no período de 1999 a março de 2001, deixou de arrecadar vultosos valores a título de ICMS/ST.

Em outras palavras, resta claro que a Coobrigada não recolheu aos cofres mineiros o ICMS/ST ora exigido, de sorte que a apresentação de cópias das DAP's da empresa Medcall, relativas ao período autuado, apenas confirma a insuficiência no recolhimento dos valores aos cofres mineiros.

Das vinte notas fiscais apresentadas pela Autuada, visando comprovar que a Coobrigada recolheu o tributo devido no momento da venda dos produtos, destacando o ICMS na nota fiscal de saída, somente duas são destinadas a contribuintes mineiros e apresentam destaque de ICMS sobre a operação própria da Medcall, entretanto, o preço adotado pela Medcall em todas as notas fiscais são exatamente os mesmos "preço fábrica" cobrados pela Merck nas suas lista de preços em vigor, ou seja, não houve qualquer agregação de valor.

Não havendo agregação de valor aos produtos, nas vendas realizadas pela Coobrigada Medcall, não há que se falar em recolhimento a título de ICMS devido por substituição tributária ao Estado de Minas Gerais.

A requisitada apensação do PTA 01.000139487.23 a este processo é totalmente desnecessária visto que aquele PTA já foi julgado pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (Acórdão 16.083/03/1ª), tendo-se decidido, à unanimidade, pela procedência do lançamento, de sorte que os documentos lá presentes, que na fala da impugnante, comprovariam os recolhimentos efetuados pela Medcall, efetivamente não demonstram que o ICMS/ST tenha sido recolhido aos cofres mineiros.

Insta destacar que, embora a Autuada em sua peça impugnatória tenha protestado pela produção de prova pericial, não apresentou os indispensáveis quesitos, razão pela qual o pedido de perícia revelou-se prejudicado à luz das determinações do artigo 98, inciso III do Dec. 23.780/84 – CLTA/MG."

Por derradeiro, vale acrescentar que o "**Mandado de Intimação**", expedido pelo MM. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas, acostado às fls. 371, **foi lavrado/expedido em 25 de julho de 1997**, porém as operações objeto da presente autuação referem-se aos exercícios de 1999 a 2001, tendo sido lavrado o vertente AI em 27/01/04, ocasião em que a Fazenda Pública Estadual já havia revertido o julgamento do Resp. 58.512, conforme se extrai do Parecer da Dra. Nílber Andrade, acostado às fls. 17/27.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim sendo, repita-se, afigura-se legítima a responsabilidade atribuída à Merck S.A Indústrias Químicas (remetente dos medicamentos), pelo crédito tributário em apreço, na condição de contribuinte substituto, nos termos do art. 237 do Anexo IX do RICMS/96.

Corretas, portanto, as exigências fiscais, constantes do vertente Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o Lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Relatora), que o julgava parcialmente procedente para excluir a Autuada do pólo passivo da obrigação tributária. Designada relatora a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Juliana Diniz Quirino (Relatora) e Antônio César Ribeiro. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marcelo de Pádua Cavalcanti.

Sala das Sessões, 09/03/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	17.497/06/1 ^a	Rito: Ordinário
Impugnação:	40.010112436-27	
Impugnante:	Merck S.A Indústrias Químicas (Autuada)	
Coobrigado:	Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.	
Proc. S. Passivo:	Dalton Cecchetti/Outros (Autuada)	
PTA/AI:	01.000144324-02	
Inscr. Estadual:	048.771161-0010	
Origem:	DF/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.

Em decorrência de fiscalização efetuada no estabelecimento da Autuada, foi constatado que esta 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, em desacordo com o Convênio ICMS 76/94.

O destinatário, Coobrigado no presente Auto de Infração, comunicou aos seus fornecedores que havia obtido liminar em Mandado de Segurança contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, visando a não sujeição ao sistema de substituição tributária. A ação foi julgada, em grau de recurso, pelo Superior Tribunal de Justiça, que restaurou a obrigação do recolhimento antecipado do ICMS, através do regime da substituição tributária.

Por consequência, exige-se, no feito em tela, o crédito tributário apurado - via Verificação Fiscal Analítica -, referente ao imposto que o contribuinte substituto deixou de reter e recolher ao Estado de Minas Gerais, pelas suas operações de saídas para o contribuinte distribuidor mineiro, no período de 01.01.99 a 31.03.01.

As irregularidades detectadas foram capituladas nos artigos 24, I, II – 29 – 32 – 35 – 85, II a-1, da Parte Geral; e artigos 237 e 239 de seu Anexo IX do RICMS/96. Foram aplicadas a penalidade prevista na Lei 6763/75, artigo 56, inc. II e § 2º.

Instruíram o Auto os documentos de fls. 07-189.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Notificada em 03.02.04, a Autuada apresentou, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, sua Impugnação (fls. 196-203).

No concernente à matéria sobre a qual diverge o presente voto, destacou a empresa, em sua defesa, que:

“foi com base em decisão judicial, devida e diretamente encaminhada à ora Impugnante/Recorrente, através de ofício específico do Juízo de Direito de Poços de Caldas/MG, consoante documentação adunada a esta peça de resistência, frise-se, exclusivamente em obediência a uma decisão judicial, que a ora Impugnante/Recorrente, deixou de recolher o ICMS devido ao Estado de Minas Gerais no regime de substituição tributária ao vender produtos farmacêuticos para a empresa Medcall”.

Frisou que *“não há como exigir da recorrente Merck um comportamento considerado ilegal pelo Judiciário e de impossível restauração caso a decisão houvesse sido reformada”*.

O processo foi levado a julgamento, em 1º de junho de 2004, perante a 3ª Câmara, quando foi exarado despacho interlocutório, para que o contribuinte apresentasse cópia do ofício expedido pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas (fl. 363).

Este, intimado em 30.06.2004 (fls. 366-367), compareceu aos autos a fls. 369-372, ratificando a Impugnação apresentada e anexando cópia do despacho judicial e do envelope que o enviou.

Demonstrado o fato, cabe, em parte, razão à Impugnante.

Em razão da ordem judicial, a empresa autuada passou a se responsabilizar exclusivamente pelo recolhimento do imposto incidente sobre suas próprias operações.

Nenhuma infração pode ser imputada à Merck, por ter obedecido a uma ordem judicial dirigida diretamente a ela, desobrigando-a de fazer, por antecipação, a retenção e recolhimento do ICMS/ST nas operações mercantis realizadas com a empresa Medcall.

Nada lhe pode ser exigido, pois obedeceu a uma intimação de autoridade judiciária que lhe é superior.

Senão, veja-se.

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.

Digno de atenção o fato de que o despacho judicial, datado de 25.07.1997, não é genérico, dirigido a eventuais fornecedores da empresa Medcall. Foi diretamente dirigido ao *‘representante legal da Merck S/A Indústria Química’*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 1ª, § 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.

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.

Convém, ainda, destacar que, no tocante à mencionada Súmula 405 do STF, seria ela aplicável na hipótese de sucumbência da autora do processo, a empresa Medcall produtos Farmacêuticos.

Data maxima venia, o resultado lhe foi favorável.

Ao julgar o Agravo improcedente, em função da coisa julgada, e havendo tal decisão transitado em julgado, o Ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, manteve a decisão do Superior Tribunal de Justiça, favorável à autora. Não julgou denegada definitivamente a segurança, mas sim, prejudicado o Agravo de Instrumento (impetrado pela Fazenda). A despeito da desatenção do Relator, ao julgar prejudicado o Agravo, fez coisa julgada em favor da Medcall.

Conclui-se, pois, que a empresa Merck SA Indústrias Químicas 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Caldas/MG. Decisão esta da qual fora pessoalmente intimada, através de ofício expedido pelo Juízo competente.

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

Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir do pólo passivo a empresa atuada Merck SA Indústrias Químicas.

Sala das Sessões, 09/03/06.

Juliana Diniz Quirino
Conselheira

CC/MG