

Acórdão: 17.428/06/3ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010116083-82
Impugnante: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.
Proc. S. Passivo: Saulo Vinícius de Alcântara/Outros
PTA/AI: 01.000150401-76
Inscr. Estadual: 518.634368.0009
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatou-se falta de recolhimento do ICMS/ST, referente a mercadorias oriundas do Estado de São Paulo, que denunciou o Convênio pertinente, conforme item 4, § 1º, art. 237, Anexo IX do RICMS/96, vigente à época dos fatos geradores. Infração plenamente caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS/ST e MR por ter o contribuinte deixado de efetuar o recolhimento do ICMS/ST devido pela aquisição de mercadorias (medicamentos oriundos do Estado de São Paulo) recebidas sem retenção do imposto, no período de janeiro a agosto de 2000.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 849/867, anexando os documentos de fls. 868/1054.

O Fisco, em manifestação de fls. 1057/1064, refuta as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 1076, para abertura de vistas ao contribuinte, em função dos documentos juntados.

A Autuada vista os autos, mas não se manifesta.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.080/1.090 opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que 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 pequenas alterações.

DAS PRELIMINARES

Versa a presente autuação sobre a exigência de ICMS/ST e MR por ter o contribuinte deixado de efetuar o recolhimento do ICMS/ST devido pela aquisição de mercadorias (medicamentos oriundos do Estado de São Paulo) recebidas sem retenção do imposto, no período de janeiro a agosto de 2000.

Em sua peça de defesa, a Impugnante aduz que a autuação não pode prevalecer, vez que há decisão judicial a seu favor, no sentido de desobrigá-la de efetuar o recolhimento do ICMS/ST antecipadamente.

Contudo, os documentos juntados pelo Fisco às fls. 1065/1075 evidenciam que a Procuradoria da Fazenda Estadual, na pessoa do Procurador Nilber de Andrade, manifestou-se aos 26 de novembro de 2001, sobre as alegações da empresa autuada de que estaria amparada por decisão judicial para não se submeter ao sistema de substituição tributária.

O mencionado parecer (que inclui a transcrição de dois outros emitidos anteriormente) expressa a posição já sedimentada pela Procuradoria Estadual no sentido de que não se aplica o disposto no artigo 11 da CLTA/MG às autuações efetivadas em que a Impugnante figura como sujeito passivo, nas quais se exige o ICMS/ST devido pelo recebimento de mercadorias (medicamentos) sem a retenção.

Na oportunidade, fica esclarecido que a empresa autuada não tem qualquer demanda judicial proferida a seu favor e que, ao contrário do que alega, a decisão do REsp. 58.512 na realidade não lhe foi favorável.

Abriu-se vistas dos autos à Impugnante, conforme se encontra atestado às fls. 1076, sendo que esta se absteve de se manifestar.

Conforme parecer da procuradoria, portanto, deve prosseguir normalmente o julgamento do contencioso administrativo.

Ainda em preliminar, insta observar que o presente crédito tributário decorre de renovação da ação fiscal após o cancelamento de parte do crédito tributário constituído através dos PTA's 01.000138256.21 e 01.000138797.56, que já haviam sido objeto de julgamento pelo CC/MG, que decidiu pela procedência dos lançamentos. As decisões constam dos acórdãos 14.529/01/2ª e 14.718/01/2ª e o crédito tributário respectivo se encontrava inscrito em dívida ativa.

O cancelamento foi consequência do disposto na Lei 14.062/01, que em seu artigo 22 determinou:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei 14.062/01

Art. 22 - Ficam cancelados os créditos tributários, formalizados ou não, ajuizada ou não sua cobrança, inclusive os inscritos em dívida ativa, em cujos lançamentos o Fisco tiver adotado como base de cálculo para fins de substituição do imposto o preço máximo de venda a consumidor sugerido por tabelas divulgadas por entidades representativas do comércio varejista de medicamentos.

§ 1º - O disposto neste artigo não autoriza a restituição ou a compensação de importâncias já recolhidas.

§ 2º Para fins de renovação da ação fiscal referente ao crédito tributário cancelado nos termos do caput deste artigo, será adotado, como base de cálculo, 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 Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que será calculado a partir do valor da operação consignado na nota fiscal de venda emitida pelo fabricante ou distribuidor.

Nos PTA's retromencionados, o lançamento reportava-se, em parte, a produtos cuja base de cálculo para a exigência do ICMS/ST foi o preço máximo de venda ao consumidor sugerido por tabelas divulgadas por entidades do comércio varejista de medicamentos.

Desta forma, o referido crédito tributário foi cancelado, mantendo-se naqueles PTA's o crédito referente aos produtos ditos "liberados", ou seja, que não tinham seus preços estabelecidos nas referidas tabelas (aos quais foi aplicada a margem de valor agregado prevista na legislação vigente à época para obtenção da base de cálculo do ICMS/ST exigido).

Do acima exposto, conclui-se que o mérito do presente lançamento é o mesmo dos lançamentos anteriores. A ação fiscal foi renovada apenas para alterar a composição da base de cálculo, por determinação da Lei 14.062/01.

DO MÉRITO

Como dito, trata o presente Auto de Infração da exigência de ICMS/ST e MR tendo em vista que a Autuada deixou de recolher o imposto no momento da entrada das mercadorias (medicamentos oriundos do Estado de São Paulo) em território mineiro.

A Impugnante desenvolve argumentos relacionados com seu entendimento de que o sistema de substituição tributária para a frente ofende o Ordenamento Constitucional vigente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, não há espaço para esta discussão no âmbito do processo administrativo, tendo em vista o disposto no artigo 88 da CLTA/MG, devendo tal argumentação ser apresentada ao foro judicial.

A Autuada alega, ainda, que se operou a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos até 21 de julho de 2000, nos termos do artigo 150 § 4º do CTN – Código Tributário Nacional, uma vez que o Auto de Infração foi emitido aos 22 de julho de 2005.

Entretanto, verifica-se nos autos que isto não ocorreu. Nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN, ocorre homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte. Em relação ao imposto devido que não foi declarado e/ou pago, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no artigo 173 do mesmo diploma legal.

Ou seja, o tempo para a autoridade fazer a confirmação do lançamento termina em 5 (cinco) anos contados do fato gerador, se não o fizer considera-se homologado o lançamento tacitamente; no entanto, isto não quer dizer que a Fazenda não tem direito de examinar o procedimento do contribuinte. O prazo para a Fazenda rever o lançamento é o prazo decadencial previsto no art. 173, I do CTN, podendo, dentro deste interregno que a lei lhe concede, postular créditos que porventura entenda existentes.

Reiterando, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário (ou seja, efetuar o lançamento de ofício) é regulado pelo art. 173, I do CTN, que para tanto, regra geral, estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º, do mesmo diploma legal acima citado, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, do CTN.

Acerca desta matéria, Misabel de Abreu Machado Derzi, em nota, leciona com propriedade:

"A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código."

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2006.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tendo sido a Autuada regularmente intimada do **AI** em julho/05, claro está que a constituição do crédito tributário, relativamente ao exercício de 2000, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Não merece guarida, portanto, a arguição de decadência levantada pela Impugnante.

No mérito, a exigência fiscal ampara-se no item 4 do § 1º e § 2º do artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96 c/c o artigo 85, inciso II, alínea “c” do RICMS/96, que estabelece o momento da entrada da mercadoria no território mineiro como prazo para recolhimento do imposto, no caso de contribuinte mineiro que adquira os produtos relacionados no *caput* do artigo 237 (medicamentos e outros produtos) de outra unidade da Federação, sem a retenção do imposto.

A saber:

RICMS/96 (parte geral)

Art. 85 – O recolhimento do imposto será efetuado:

(...)

II – relativamente ao imposto devido por substituição tributária:

(...)

c – no momento da entrada da mercadoria no território mineiro, nas hipóteses previstas no item 4 do § 1º do art. 237, no § 1º do artigo 278 e no artigo 374, todos do Anexo IX deste Regulamento

Anexo IX

Art. 237 – O estabelecimento industrial fabricante ou o estabelecimento importador, situado em outra unidade da Federação, exceto no Estado de São Paulo, 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 subsequentes, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário:

(...)

§ 1º – A responsabilidade instituída neste artigo aplica-se:

(...)

4) ao contribuinte mineiro que adquirir mercadoria, de outra unidade da Federação, sem a retenção do imposto, para fins de comercialização, uso ou consumo do adquirente hipótese em que o imposto deverá ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante GNRE.

§ 2º - Na hipótese do item 4 do parágrafo anterior, quando a entrada no território mineiro ocorrer em dia ou horário que não houver expediente bancário e o imposto não houver sido recolhido antecipadamente, o recolhimento deverá ser efetuado no primeiro dia útil subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento do destinatário, se não existir posto de fiscalização de fronteira por onde transitar a mercadoria."

As planilhas elaboradas pelo Fisco (fls. 13/122) demonstram que todas as notas fiscais se referem a entrada de medicamentos adquiridos de contribuintes estabelecidos no Estado de São Paulo, que deixaram de ser responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subsequentes a serem realizadas em território mineiro, desde 21/11/97, quando o Decreto 39.274/97 alterou o RICMS/96, adaptando-o à nova situação determinada pela denúncia feita pelo Estado paulista ao Convênio 76/94.

Observe-se que o Estado de Minas Gerais acabou por também denunciar o referido Convênio, revogando o Capítulo XXIV do Anexo IX a partir de 01/04/01, através do Decreto 41.588 de 13.03.01, no entanto à época dos fatos geradores abrangidos pela autuação o regime de ST se aplicava aos medicamentos nos termos dos artigos 237 e seguintes do Capítulo do Anexo IX mencionado.

Embora existisse a possibilidade dos remetentes estabelecidos no Estado de São Paulo efetuar o recolhimento do ICMS/ST, caso fossem signatários de Termo de Acordo firmado com a SEF/MG especialmente para este fim (nos termos do § 2º do artigo 20 do RICMS/96), este não é o caso dos autos; tampouco a Autuada, na condição de atacadista, era signatária do Termo de Acordo previsto no § 3º do artigo 237 do Anexo IX, de forma que pudesse recolher o imposto no momento da saída das mercadorias de seu estabelecimento.

Cabia-lhe, portanto, cumprir o disposto na legislação, efetuando o recolhimento quando da entrada das mercadorias no Estado mineiro. Não o tendo feito, são legítimas as exigências fiscais, por estarem embasadas na legislação pertinente.

A base de cálculo, conforme já dito antes, atende ao disposto na Lei 14.062/01, artigo 22, § 2º, que determinou a sistemática para sua composição com base na Portaria n.º 37 de 11 de maio de 1992, do então Ministério da Economia, Fazenda e

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Planejamento; o valor assim obtido foi reduzido de 10% conforme mandamento contido no § 3º do artigo 239 do Anexo IX do RICMS/96 então vigente.

Art. 22

§ 2º Para fins de renovação da ação fiscal referente ao crédito tributário cancelado nos termos do caput deste artigo, será adotado, como base de cálculo, 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 Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que será calculado a partir do valor da operação consignado na nota fiscal de venda emitida pelo fabricante ou distribuidor.

A legislação determinava que o ICMS/ST deveria ser recolhido por ocasião da entrada da mercadoria (no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro município mineiro por onde transitasse a mercadoria, facultado o recolhimento antecipado mediante GNRE). No entanto, face à impossibilidade de determinar com segurança a data da efetiva entrada das mercadorias em território mineiro, ou se esta se deu por vias de acesso em que existe Posto de Fiscalização, o Fisco realizou a apuração do imposto devido mensalmente. Considerou a data de entrada registrada no LRE (Livro Registro de Entradas), o que por certo não causa qualquer prejuízo ao contribuinte.

As demais argumentações trazidas pela Impugnante não alcançam elidir o feito fiscal. O fato de a empresa efetuar operações de transferência de mercadorias sujeitas a ST para estabelecimento situado em outro Estado da Federação não a dispensava do recolhimento do ICMS/ST no momento da sua entrada em território mineiro. A ocorrência desta hipótese já estava prevista à época no Capítulo XLV do Anexo IX do RICMS/96, que tratava dos procedimentos relativos à restituição de ICMS retido por substituição tributária, quando não ocorresse o fato gerador presumido, ou seja, quando ocorresse a saída da mercadoria para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação.

Ressalte-se que conforme informações trazidas aos autos pelo Fisco a Autuada tem por hábito proceder à margem dos preceitos legais, utilizando-se unilateralmente de procedimentos outros que não aqueles determinados pela legislação tributária.

Assim é que anteriormente já tentou obter restituição de ICMS alegando inoccorrência do fato gerador presumido, pedido que foi indeferido. A Autuada impugnou a decisão, tendo sido formado o PTA 16.000015039-32, já julgado por esta Casa, cuja *Ementa* o Fisco transcreveu às fls. 1063, por ocasião da manifestação fiscal.

Já naquela oportunidade, vê-se que a Autuada não procedeu de acordo com os ditames legais. Deixou de cumprir as exigências contidas no artigo 350 e 351 do Anexo IX do decreto regulamentar então vigente, que determinava a necessidade de instruir o pedido de restituição de ICMS retido por substituição tributária com

demonstrativos detalhados, e optou por solicitar perícia, pretendendo com isto obrigar que o Fisco detalhasse os documentos que acobertariam a restituição pretendida. A perícia foi indeferida pela Auditoria Fiscal, sendo que a Autuada, à época, absteve-se de apresentar Recurso de Agravio. A impugnação apresentada foi considerada improcedente por unanimidade, após este Órgão Julgador concluir que os indícios obtidos a partir da análise da documentação que compunha os autos indicavam que, na realidade, ao invés de imposto a receber em restituição, na realidade a Autuada teria imposto a pagar para o erário mineiro.

Importa registrar que os valores recolhidos pela Autuada a título de ICMS/ST nas saídas que promoveu em operações internas, foram devidamente considerados pelo Fisco e abatidos do total do ICMS/ST devido e apurado em cada período, nos PTA's anteriores. Os abatimentos foram mantidos nas re-ratificações procedidas pelo Fisco naqueles processos para a exclusão parcial do crédito tributário nos termos da Lei 14.062/01, conforme evidenciado nas cópias dos respectivos termos às fls. 833/838.

A Impugnante faz referência, ainda, ao fato de que o ICMS aqui exigido foi pago através do sistema débito x crédito.

A utilização do sistema de apuração por débito x crédito nas saídas em operação interna não se aplicava aos medicamentos e outros produtos relacionados no Capítulo XXIV do Anexo IX do RICMS/96 então vigente, que se encontravam sujeitos às disposições legais específicas contidas no mencionado diploma legal; qualquer recolhimento efetuado indevidamente sob outro regime de apuração que não aquele previsto para as operações com medicamentos poderá ser objeto de pedido de restituição de indébito, da forma prevista nos artigos 37 e seguintes da CLTA/MG.

Lícita, também, a aplicação da multa de revalidação prevista no artigo 56 inciso II da Lei 6763/75 (50% do valor do imposto).

O recolhimento do ICMS/ST no momento da entrada das mercadorias em território mineiro pelo comerciante atacadista (caso dos autos) envolve o pagamento do imposto devido por duas operações subseqüentes que ocorrerão: a operação própria do atacadista na venda que fará ao varejista e a operação a ser praticada pelo varejista com destino ao consumidor final.

Em relação ao imposto devido pela operação própria a ser praticada pelo atacadista (no caso, a Impugnante), não há que se falar na aplicação da penalidade em dobro, estatuída no § 2º do artigo 56 da Lei 6763/75 (vigente à época), uma vez que o fato não abarca a hipótese ali delineada, qual seja, a falta de retenção e/ou falta de recolhimento do imposto retido por substituição tributária, uma vez que se trata de imposto devido pela operação própria que ele irá promover.

Somente em relação ao imposto devido pela operação subseqüente a ser realizada pelo varejista, é que seria aplicável o dispositivo, uma vez que neste caso se configura a hipótese de falta de retenção.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A dificuldade em estabelecer o montante de imposto relativo a uma e outra operação, no entanto, justifica a aplicação da multa de revalidação de 50% sobre o total do imposto devido, conforme fez o Fisco, sendo esta opção benéfica ao contribuinte.

Saliente-se, também, que o pedido de perícia apresentado não se reveste das formalidades essenciais para sua apreciação. Além do mais, é de se observar que nos PTA's anteriores o requerimento de perícia formalmente apresentado foi indeferido pela Auditoria Fiscal e o Recurso de Agravo apresentado não foi provido pelo Órgão Julgador.

Por fim, mencione-se que diversos são os PTA's cujas exigências fiscais por infração idêntica já foram objeto de julgamento por parte desta Casa, que em todas as oportunidades referendou por unanimidade o trabalho do Fisco, a exemplo dos acórdãos 14.730/01/3ª, 14.732/01/3ª, 14.735/01/3ª, 14.760/01/3ª, 14.731/01/3ª.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual sustentou oralmente a Dra. Ilma Maria Corrêa da Silva. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor), Fausto Edimundo Fernandes Pereira e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 29/03/06.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente/Relatora