

Acórdão: 14.529/01/2^a
Impugnação: 40.010104276-27
Recurso de Agravo: 40.030104932-81
Impug./Agravante: Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda
Proc. S. Passivo: Nelson Xisto Damasceno/Outros
PTA/AI: 01.000138256-21
Inscrição Estadual: 518.634368.0009
Origem: AF/Poços de Caldas
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatado falta de retenção e 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, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Infração plenamente caracterizada.

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA - Constatado desnecessidade de perícia para o deslinde da questão, conforme inciso I do artigo 116 - CLTA/MG. Recurso não provido. Decisão unânime.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS/ST devido pela entrada de mercadorias (medicamentos oriundos do Estado de São Paulo) recebidas sem retenção do imposto.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 1016/1029), por intermédio de procurador regularmente constituído.

Tendo em vista a menção a Mandado de Segurança na Impugnação apresentada, o setor competente da Administração Fazendária houve por bem providenciar o envio dos autos à Procuradoria Regional da Fazenda Estadual, solicitando parecer sobre a aplicabilidade ou não do artigo 11 da CLTA/MG.

O Procurador Marcelo Aguiar Machado pronunciou-se pela não aplicação do dispositivo citado aos autos através de Parecer anexado às fls. 1060 e na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

oportunidade anexou cópia de parecer exarado aos 18 de abril de 2001, o qual ratifica integralmente, em que a Procuradora da Fazenda Estadual Nilber Andrade, da Subprocuradoria de Defesa Contenciosa, igualmente se manifesta pela necessidade do julgamento na esfera administrativa em relação a outros PTAs em nome da Autuada, que constituíram créditos tributários relativos a não recolhimento do ICMS/ST devido pela entrada em seu estabelecimento de medicamentos oriundos do Estado de São Paulo, recebidos sem retenção (fls. 1061/1073).

Abriu-se vistas à Impugnante pelo prazo de 05 (cinco) dias para ciência do referido Parecer, efetivada aos 30.07.01, conforme documento de fls. 1077.

Aos 17.08.01 a Autuada protocolou documentação, anexada às fls. 1098/1190, onde questiona basicamente o despacho do Ministro Ilmar Galvão exarado nos Autos de Agravo de Instrumento n.º 216.991-5, publicado no DJU de 18/06/98, que transitou em julgado, que foi objeto de análise no Parecer da SPDC já mencionado, afirmando que em seu entendimento inexistente coisa julgada, o que será objeto de nova ação declaratória de sua parte, para que por sentença sejam declarados os limites e o alcance da coisa julgada na ação declaratória. As cópias anexadas referem-se às medidas judiciais por ela anteriormente interpostas, já analisadas nos pareceres mencionados da Procuradoria.

Deixou-se de abrir vista de tal documentação à Procuradoria e/ou ao Fisco, por se entender que a discordância do patrono da Autuada em relação a despacho do Ministro Ilmar Galvão nos Autos de Agravo de Instrumento é matéria estranha ao julgamento administrativo, que deve ser tratada exclusivamente no âmbito judiciário, não alterando a posição já sedimentada da Procuradoria Regional da Fazenda, no sentido de que ao presente caso não se aplica o artigo 11 da CLTA/MG, devendo ser efetivado normalmente o julgamento na esfera administrativa.

O Fisco, em manifestação de fls. 1080/1087, refuta as alegações da defesa.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 1091.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 1094/1096).

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1192/1206, opina pelo não provimento do Recurso de Agravo e pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, no qual foram abordados todos os aspectos pertinentes ao lançamento em questão, incluindo aqueles

impugnados pela Autuada em sua peça de defesa, respeitando-se o Princípio da Verdade Real, abaixo transcreve-se o mesmo, corporificando, assim, os fundamentos da decisão.

“DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos se referem à demonstração da Conta Mercadorias, objetivando demonstrar a movimentação do estoque no período fiscalizado, bem como às operações de saída do contribuinte, que não compõem o levantamento efetuado pelo Fisco, uma vez que não são objeto da presente ação fiscal.

Ressaltamos que o trabalho fiscal exige o imposto devido na entrada das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas nas planilhas elaboradas pelo Fisco, com fundamento nos artigos 29 § 2º, 85 inciso II alíneas “b” e “c” (parte geral) e artigo 237 § 1º item 4 e § 2º do Anexo IX do RICMS/96.

A alegação de cerceamento de defesa não procede, uma vez que a ocorrência mencionada, que a agravante pretende que seja comprovada via realização de perícia (venda de mercadorias sujeitas a ST para contribuintes estabelecidos em outra unidade da federação) não tem relação com a exigência fiscal, estando sujeita a tratamento específico na legislação tributária mineira, a saber os artigos 349 a 357 do Anexo IX do decreto regulamentar.

Além do mais, 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, conforme demonstrado no Relatório Fiscal Contábil (fls. 10), c/c as telas SICAF anexadas às fls. 15/18.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

DO MÉRITO

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 centraliza sua defesa no argumento de que a exigência é inconstitucional, uma vez que a Lei Estadual delegou ao poder executivo a tarefa de atribuir responsabilidade tributária aos industriais, distribuidores e comerciantes atacadistas, através de regulamento, enquanto que a LC 87/96 exige que a própria lei o faça.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Certamente não lhe assiste razão, tendo em vista que a nova redação do artigo 22 da Lei 6763/75 atribui a condição de responsável tributário ao alienante ou remetente, abrangendo com tais termos o industrial, o distribuidor e o comerciante atacadista.

Mas na realidade, o que deve ser aqui considerado, é que 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.

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.”

O Fisco relacionou também no AI o artigo 29 § 2º e a alínea “b” do inciso II do artigo 85 do Decreto 38.104/96, bem como o § 15 do artigo 22 da Lei 6763/75. Tais dispositivos são regras gerais que tratam do recolhimento do ICMS/ST pelo destinatário que receba as mercadorias sem retenção, nos casos em que há a responsabilidade do alienante ou remetente pela retenção do imposto.

As planilhas elaboradas pelo Fisco (fls. 19/71) 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 Decreto 38.104/96, adaptando-o à nova situação determinada pela denúncia feita pelo Estado paulista ao Convênio 76/94.

No entanto, consideramos que a presença de tais dispositivos legais no AI não prejudicou sua clareza, uma vez que a Impugnação apresentada trata especificamente da exigência consubstanciada nos autos, evidenciando que constam da peça fiscal os elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida, conforme prevê o artigo 60 da CLTA/MG.

Observamos aqui 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 da 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 efetuarem 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A base de cálculo utilizada, relativa aos medicamentos, atende o que dispunha à época o artigo 239 do Anexo IX do RICMS/96 que determinava que *a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o valor correspondente ao preço de tabela sugerida pelo órgão competente para venda a consumidor, ou, na falta desta, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial*, reduzida de 10% (dez por cento), por determinação do § 3º do mesmo artigo.

O preço dos *medicamentos* de uso humano está sujeito ao disposto na Portaria 37/92 publicada no DOU de 12.05.92, que dispõe no § 1º do artigo 2º que *o preço máximo ao consumidor para os produtos a que se refere o CAPUT deste artigo será calculado a partir da divisão do preço estabelecido pelas unidades produtoras (preço do fabricante) por 0,7 (zero vírgula sete) e será único em todo território nacional*.

Este preço (preço do fabricante dividido por 0,7) consta de publicações especializadas, que obrigatoriamente as unidades de comércio varejista devem manter à disposição dos consumidores, por força do artigo 4º da portaria retrocitada, sendo portanto o preço que devia ser utilizado na apuração da base de cálculo para fins de substituição tributária.

Conforme informa o Fisco em seu **Relatório Fiscal Contábil** anexo ao **AI**, este foi o preço utilizado no cálculo do ICMS/ST apurado, o que pode ser verificado pelas planilhas anexadas aos autos, que trazem nota por nota a discriminação dos produtos e os preços máximos de venda a consumidor divulgados pelas revistas especializadas.

No caso dos produtos liberados, não incluídos naqueles a que se refere a Portaria 37/92 mencionada, foi corretamente utilizada a regra contida no § 1º do artigo 239, acrescida dos percentuais constantes dos itens 1 ou 2, conforme o caso, também reduzida de 10% (dez por cento).

O Fisco realizou a apuração do imposto devido mensalmente, em virtude da 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 que por certo não causa qualquer prejuízo ao contribuinte.

As demais argumentações trazidas pela Impugnante não alcançam elidir o feito fiscal. O fato da 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 trata dos procedimentos relativos à restituição de ICMS retido por substituição tributária, quando não ocorrer o fato gerador presumido, ou seja, quando ocorrer a saída da mercadoria para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Abrimos aqui um parênteses para trazer aos autos informações que demonstram que 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 com fulcro em tais dispositivos legais, cujo indeferimento do pedido foi impugnado no PTA 16.000015039-32, já julgado por esta Casa, cuja *Ementa* e parte da decisão transcrevemos abaixo. Já naquela oportunidade, vê-se que a Autuada não procedeu de acordo com os ditames legais, deixando de cumprir as exigências contidas no artigo 350 e 351 do Anexo IX do decreto regulamentar, que determina a necessidade de instruir o pedido de restituição de ICMS retido por substituição tributária com demonstrativos detalhados, optando por solicitar perícia, pretendendo com isto obrigar ao Fisco o detalhamento dos 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 Agravo. A impugnação apresentada foi indeferida 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.

Acórdão: 14.828/01/3ª

Impugnação: 40.010054794-44

Impugnante: **Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.**

Advogado: Nelson Xisto Damasceno/Outra

PTA/AI: 16.000015039-32

Inscrição Estadual: 518.634368.0009 (Requerente)

Origem: AF/Poços de Caldas

Rito: Ordinário

Ementa

RESTITUIÇÃO - ICMS - Pedido de restituição dos valores de ICMS pago por substituição tributária, nas hipóteses de remessas das mercadorias para outros estados da Federação, bem como em relação aos demais valores retidos cujas saídas ocorreram ao abrigo do sistema de apuração por débito e crédito. Entretanto, ao contrário da pretensão da Requerente, os documentos fiscais demonstram que os valores creditados a título de imposto por substituição tributária superam aqueles debitados sob a mesma rubrica. Também em relação aos fatos geradores ocorridos em outros Estados, o livro de apuração do imposto demonstra que os valores equivalentes aos pagamentos efetuados por GNR, em favor do Estado de São Paulo, foram integralmente apropriados na escrita fiscal como outros créditos, resultando em compensação indevida e saldo credor constante em conta gráfica. Desta forma, ao contrário do pretenso direito à restituição, conclui-se que a Fazenda Pública é que tem a receber da empresa Requerente. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

Decisão

(...)

Para que tenha o direito à restituição reconhecido, o contribuinte substituído deve apresentar à repartição fazendária de sua circunscrição dados referentes às operações que motivaram o ressarcimento do imposto retido, relativamente a cada produto, discriminação e quantidade dos produtos, número e data dos documentos fiscais que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acobertaram as operações, razão social e número da inscrição estadual dos destinatários, dentre outros exigidos nos artigos 350 e 351 do Anexo IX do RICMS/96, fato este não observado pela Impugnante.

O valor do imposto poderá ser restituído mediante ressarcimento junto a fornecedor de produto sujeito a substituição tributária, regularmente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado ou através de creditamento na conta gráfica do contribuinte substituído. Na hipótese de ressarcimento junto a fornecedor de produto, o contribuinte substituído emitirá nota fiscal, exclusiva para este fim.

Na hipótese da utilização, como crédito fiscal, do valor a ser ressarcido, o contribuinte substituído deve emitir nota fiscal em seu próprio nome, a qual será lançada no livro Registro de Apuração do ICMS.

Cabe mencionar ainda que o artigo 357 do mesmo diploma legal permite que o contribuinte substituído aproprie, quando admitido, o crédito do imposto incidente sobre a operação própria do sujeito passivo por substituição.

Vê-se, portanto, de pronto, o não cumprimento pela Requerente dos procedimentos necessárias para que o contribuinte substituído possa fazer jus ao direito de ter restituído o valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizou.

Como é cediço, existe apenas uma hipótese em que o imposto pago a título de substituição tributária possa ser restituído: quando o fato gerador presumido não ocorrer. Por conseguinte, na substituição tributária presume-se a ocorrência de fatos geradores em etapas posteriores à operação própria do contribuinte substituído, cujo imposto seria, caso não fosse recolhido por este, devido pelo contribuinte substituído. A não ocorrência desses fatos geradores futuros é que dá causa à restituição ao contribuinte substituído, pois este, ao adquirir a mercadoria com o imposto retido por ST já arcou com o imposto, sendo-lhe vedado a compensação de débito relativo à substituição tributária com qualquer crédito do imposto.

A Impugnante apresenta dois motivos para pleitear a restituição. O primeiro, que os fatos geradores presumidos não ocorreram pois as mercadorias, em relação às quais houve a retenção e recolhimento do imposto por ST a favor do Estado de Minas Gerais, foram objeto de fatos geradores ocorridos em outros estados da Federação, para os quais foi recolhido novamente o ICMS/ST através de GNRs. Outro, que os fatos geradores não ocorreram porque as saídas subseqüentes com as mercadorias adquiridas, cujo imposto já havia sido retido por ST, se deram pela sistemática de débito e crédito, devido à segurança lhe outorgada pela justiça.

Quanto ao último motivo, está descartada o direito à restituição, haja vista que é situação *sui generis*, adotada unilateralmente pela Impugnante de maneira a operacionalizar sua atividade comercial, não sendo hipótese de restituição do ICMS prevista no artigo 349 do Anexo IX do RICMS/96. Além disso, não se pode dizer efetivamente que o fato gerador presumido não ocorreu. Pelo contrário, ocorreu em todos os seus aspectos, inclusive o espacial, que determina a competência tributária ativa.

Em relação ao pedido de restituição, referente à parcela dos créditos relacionados com os fatos geradores presumidos que deixaram de ocorrer em Minas Gerais – ente federado favorecido pela retenção e recolhimento do imposto por ST – pelo fato das mercadorias terem sido destinadas a outros estados da Federação, para os quais foi recolhido novamente o ICMS/ST através de GNR's, a princípio parece plausível a sua concessão, desde que obedecidos os requisitos previstos no artigo 350, Anexo IX, do RICMS/96, ou seja, apresentar a discriminação e quantidades dos produtos, o número e data do documento fiscal que acobertou a operação, a razão social e número da inscrição estadual do destinatário, a unidade da Federação destinatária e o valor do ICMS retido para a unidade da Federação de destino, quando for o caso.

Como mencionado pelo Fisco em seu parecer de indeferimento, repetido em sua

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

manifestação fiscal, não haveria dúvida do cabimento dessa última restituição, caso o contribuinte se limitasse a operar pelo sistema de substituição tributária, pois se assim procedesse, adquirindo apenas mercadorias com o imposto já retido e recolhido a Minas Gerais, e posteriormente tais mercadorias fossem vendidas para outros Estados, configurado estaria que os fatos geradores presumidos dentro do nosso Estado não se concretizaram.

Entretanto, ainda que assim não fosse, e resolvesse o Fisco deixar de lado as regras da legislação própria, outro não seria o caminho, a não ser o indeferimento do pedido. Tal posição justifica-se, em razão de que as provas materiais trazidas aos autos pela própria Requerente, ora Impugnante, demonstram à exaustão que o contribuinte lançou em sua escrita fiscal todos os valores do ICMS, inclusive aqueles retidos por substituição tributária.

(...)

Novamente, no presente PTA, através da perícia solicitada, a Impugnante quer que o Fisco proceda ao levantamento das saídas que diz ter promovido para fora do Estado, no intuito de descontinuar a ação fiscal. No entanto, atendê-la seria tornar *letra morta* os mandamentos legais pertinentes que embasam o Auto de Infração e que a agravante, por sua conta e risco, decidiu não cumprir.

Por último, lembramos 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, conforme demonstrado no Relatório Fiscal Contábil (fls. 10), c/c as telas SICAF anexadas às fls. 15/18.

A Impugnante faz referência, ainda, ao fato de que o ICMS aqui exigido foi pago através do sistema débito x crédito, uma vez que as notas fiscais foram lançadas em livro próprio.

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.

Resta analisar a aplicação da multa de revalidação prevista no artigo 56 inciso II da Lei 6763/75.

É cediço que 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 subsequentes que ocorrerão: a operação própria do atacadista (operação de venda a ser por ele efetuada ao varejista) e a operação a ser praticada pelo varejista (operação de venda a ser efetuada pelo varejista ao consumidor final).

Desta forma, no que se refere ao imposto relativo à operação própria a ser praticada pelo atacadista (no caso, a Impugnante), não há que se falar na aplicação da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

penalidade em dobro, estatuída no § 2º do artigo 56 da Lei 6763/75, 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.

Entretanto, relativamente ao imposto devido pela operação subsequente a ser realizada pelo varejista, entendemos que seria aplicável o dispositivo que prevê a aplicação da penalidade em dobro, por restar configurada a hipótese de falta de retenção prevista na citada norma.

Mas o que se vê no presente caso é que não há como estabelecer qual o montante de imposto que se refere a uma e outra operação, uma vez que não consta dos autos o preço a ser praticado pelo atacadista nas suas operações futuras com o comércio varejista, que seria o valor da base de cálculo do ICMS devido pela própria operação, de forma a apurar-se o valor correto da parcela de imposto que caberia ao varejista, esta última sim, sujeita à aplicação da penalidade em dobro prevista no § 2º da Lei 6763/75.

Em sendo assim, tendo em vista a impossibilidade de definir a circunstância material acima explanada, em conformidade com o disposto no artigo 112, inciso II do CTN, reputamos correta a aplicação da multa de revalidação de 50% sobre o total do imposto devido, por ser mais benéfica ao contribuinte, não se aplicando, no caso, a penalidade em dobro.

A título de informação, abaixo relacionamos os PTAs cujas exigências fiscais idênticas já foram objeto de julgamento por parte desta Casa, que em todas as oportunidades referendou por unanimidade o trabalho do Fisco:

Acórdão: 14.730/01/3ª

Impugnações: 40.010101680-87 / 40.010101679-01 / 40.010102075-03
40.010102076-86

Impugnante: **Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.**

PTAs/AIs: 02.000148971-36 / 02.000148983.88 / 02.000148980-43
02.000148978.88

Inscrição Estadual: 518.634368.009

Origem: AF/Andradas

Rito: Sumário

Ementa

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Falta de pagamento do ICMS/ST no Posto de Fiscalização de fronteira ou através de GNRE, devido por aquisições de medicamentos para fins de comercialização, com origem em laboratórios sediados em outras unidades da Federação, remetidos sem a retenção do imposto (art. 85, II, "c"- Parte Geral c/c art. 237, § 1º, item 4, do Anexo IX, ambos do RICMS/96). Razões da Impugnante não acatadas. Lançamentos procedentes. Decisão unânime.

Acórdão: 14.732/01/3ª

Impugnação: 40.010101681-68 - 40.010100961-32

Impugnante: **Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.**

PTA/AI: 02.000148977-05 - 02.000158922-35

Inscrição Estadual: 518.634368.00-09(Autuada)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Origem: AF/ Poços de Caldas

Rito: Ordinário

Ementa

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de recolhimento do ICMS/ST referente às mercadorias adquiridas de indústrias estabelecidas em São Paulo, para comercialização, sem a retenção do imposto pelos remetentes. Infração caracterizada nos termos do art. 237, § 1º, item 4, Anexo IX, do RICMS/96. Retificação, no PTA-02.000148977-05, do cálculo do ICMS/ST relativo às Notas Fiscais nºs 202679, 079424 e 156648 e, alteração das datas de vencimento e início de correção monetária, para 19/07/00, data da entrada das mercadorias no território mineiro, no PTA-02.000158922.35, exclusão das exigências relativas às Notas Fiscais nº 038345 e 036430, retificação do cálculo do ICMS/ST relativo às Notas Fiscais nºs 73499, 395309, 395310, 395273 e 376853 e, redução da penalidade aplicada para 50%, conforme proposto pela Auditoria Fiscal. Lançamentos parcialmente procedentes. Decisão unânime.

Acórdão: 14.735/01/3ª

Impugnação: 40.010101348-24

Impugnante: **Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.**

PTA/AI: 02.000148969-71

Inscrição Estadual: 518.634368.00-09(Autuada)

Origem: AF/ Poços de Caldas

Rito: Ordinário

Ementa

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de recolhimento do ICMS/ST referente às mercadorias adquiridas de indústrias estabelecidas em São Paulo, para comercialização, sem a retenção do imposto pelos remetentes. Infração caracterizada nos termos do art. 237, §1º, item 4, Anexo IX, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas. Lançamento precedente. Decisão unânime.

Acórdão: 14.760/01/3ª

Impugnação: 40.0101026636-91

Impugnante: **Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.**

Proc. Suj. Passivo: Jorge Ackel Bollos

PTA/AI: 02.000148974-71

Inscrição Estadual: 518.634368.0009

Origem: AF/Andradas

Rito: Ordinário

Ementa

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Falta de pagamento do ICMS/ST no Posto de Fiscalização de fronteira ou através de GNRE, devido por aquisições de medicamentos para fins de comercialização, com origem em laboratórios sediados em outras unidades da Federação, remetidos sem a retenção do imposto (art. 85, II, "c"- Parte Geral c/c art. 237, § 1º, item 4, do Anexo IX, ambos do RICMS/96). Crédito tributário reformulado para adequação da base de cálculo tributável ao disposto no artigo 239 do Anexo IX do RICMS/96. Consideração da data da entrada das mercadorias em território mineiro para constar no DCMM a título de data de vencimento e data de início de correção monetária. Lançamento parcialmente precedente. Decisão unânime.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 14.731/01/3ª

Impugnação: 40.010102077-67

Impugnante: **Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.**

PTA/AI: 02.000148979-69

Inscrição Estadual: 518.634368.00-09(Autuada)

Origem: AF/ Poços de Caldas

Rito: Ordinário

Ementa

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de recolhimento do ICMS/ST referente às mercadorias adquiridas de indústrias estabelecidas em São Paulo, para comercialização, sem a retenção do imposto pelos remetentes. Infração caracterizada nos termos do art. 237, §1º, item 4, Anexo IX, do RICMS/96. Retificação do cálculo do ICMS/ST relativo às Notas Fiscais nºs 082325 e 143438 e, alteração das datas de vencimento e início de correção monetária, para 27/08/00, data da entrada das mercadorias no território mineiro, conforme proposto pela Auditoria Fiscal. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.”

Portanto, restaram plenamente caracterizadas as infrações à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito, também à unanimidade, julgou-se procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. Osvaldo Nunes França. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora) e Cleusa dos Reis Costa.

Sala das Sessões, 04/10/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente**

**Edwaldo Pereira de Salles
Relator**

Br/