

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Acórdão: 20.624/11/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000169433-91  
Impugnação: 40.010129663-21  
Impugnante: Lupa Comércio de Material Odontológico Ltda  
IE: 431059368.00-00  
Origem: DF/Uberlândia

**EMENTA**

**SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS – COSMÉTICOS, PERFUMARIA, ARTIGOS DE HIGIENE PESSOAL E DE TOUCADOR. Constatada a falta de recolhimento do ICMS/ST incidente nas aquisições interestaduais de medicamentos/produtos farmacêuticos e artigos de higiene pessoal e de toucador. Corretas as exigências do ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.**

**SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS - COSMÉTICOS, PERFUMARIA, ARTIGOS DE HIGIENE PESSOAL E DE TOUCADOR. Constatado recolhimento a menor do ICMS/ST incidente nas aquisições interestaduais de medicamentos/produtos farmacêuticos e artigos de higiene pessoal e de toucador. Corretas as exigências do ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.**

**Lançamento procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS/ST, devido no período de 01/06/06 a 31/07/10, em relação às entradas interestaduais de medicamentos/produtos farmacêuticos e artigos de higiene pessoal e de toucador sujeitos a substituição tributária, que deveria ter sido recolhido no momento da entrada das mercadorias em território mineiro.

Exigem-se ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 434/445, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 487/495.

A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada no dia 11 de agosto de 2011, determinou a realização de diligência, fls. 499, que resultou na manifestação do Fisco às fls. 501 e juntada de documentos de fls. 502/518.

Aberta vista para a Impugnante, esta não se manifestou sobre a juntada de documentos promovida pelo Fisco.

**DECISÃO**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco após análise de livros e documentos fiscais apresentados pela Impugnante constatou a falta de recolhimento e o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de 01/06/06 a 31/07/10, decorrente de operações com mercadorias sujeitas a tal regime de tributação, conforme relacionado no Anexo XV, Parte 2, itens 15 e 24 do RICMS/02.

Com relação ao recolhimento a menor do ICMS/ST verifica-se da análise da planilha de fls. 19/23, que a Autuada para cálculo do ICMS/ST devido deduziu o imposto destacado em documentos fiscais, emitidos por contribuinte sediado em outra Unidade da Federação detentor de regime especial concedido à margem da legislação de regência do imposto, contrariando a Lei Complementar nº 24/75 e a Resolução nº 3.166/01.

Inicialmente, a Impugnante questiona a lisura do feito fiscal ao solicitar documentos à empresa antes da emissão do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF).

O fato não é causa justificadora de descabimento do trabalho fiscal, vez que reflete em oportunidade para a Contribuinte, neste período antecedente ao Auto de Início de Ação fiscal, de usufruir do instituto da denúncia espontânea, segundo interpretação do § 4º do art. 70 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto 44.747/08.

A Contribuinte informa ainda que sempre agiu corretamente e atendeu com presteza as solicitações do Fisco, além de desconhecer qualquer fato delitivo que poderia estar cometendo.

Esclareça-se inicialmente que o lançamento feito pelo Agente Fiscal é ato vinculado, não podendo deixar de fazê-lo por vontade própria. Os ensinamentos do renomado administrativista Hely Lopes Meireles, in Direito Administrativo Brasileiro, 3ª Edição, pág. 75, dão uma posição exata do caso em foco, quando trata do PODER/DEVER da autoridade administrativa:

PODER/DEVER DE AGIR – O poder dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Nem se compreenderia se uma autoridade pública – um governador, por exemplo – abrisse mão de seus poderes administrativos, deixando de praticar atos de seu dever funcional. Daí porque a omissão da autoridade, ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissor.

Desta forma, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito nos termos do art. 136 do CTN que prescreve que a intenção do agente é irrelevante para a tipificação do ilícito fiscal.

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

A Impugnante justifica a falta de recolhimento por não conter explícito na Nota Fiscal a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) para saber sobre quais produtos deveria recolher o imposto de substituição tributária.

Inexistindo a correspondente indicação ou enquadramento dos produtos na NCM, ou pairando qualquer dúvida sobre sua classificação, incumbe ao responsável informar-se junto ao remetente ou até mesmo junto à Receita Federal Brasileira, incumbida da disciplina da referida codificação. É de fácil percepção que as mercadorias das notas fiscais autuadas, às fls. 25/430, são medicamentos, seringas, agulhas, produtos de higiene pessoal ou de toucador, todos contemplados na listagem da Parte 2, do Anexo XV, do RICMS/02.

Destaque-se que a incidência do ICMS na modalidade de substituição tributária nas operações relativas a medicamentos e outros produtos farmacêuticos teve início em Minas Gerais em 01/01/04, com a publicação do Decreto nº 43.708 em 19/12/03. A partir de 01/12/05 as regras concernentes à substituição tributária passaram a ser reguladas mediante o Anexo XV do mesmo RICMS/02, data em que também se iniciou a obrigação em relação a cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal e de toucador, além de outras hipóteses, por força do Decreto nº 44.147 de 14/11/05.

Vale ressaltar, com relação ao período no qual as mercadorias autuadas eram sujeitas à substituição tributária no âmbito interno do estado de Minas Gerais, as disposições do art. 14 da Parte Geral do Anexo XV do RICMS/02. Tal dispositivo é claro ao tutelar que o destinatário da mercadoria é o responsável pela apuração e recolhimento do imposto a título de substituição tributária, salvo se a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou remetente.

Art. 14 - O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente. (Grifou-se)

Ressalte-se que tendo em vista o Protocolo nº 37, de 05/06/09, firmado pelos Estados de Minas Gerais e São Paulo para dispor sobre substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, soros e vacinas de uso humano, conforme redação da cláusula primeira de tal protocolo vigente à época dos fatos geradores autuados, o responsável a título de substituto tributário nas operações interestaduais com medicamentos era o remetente industrial fabricante. Porém, como a Autuada não realizou no período autuado aquisições diretas do fabricante, mas sim de distribuidores, a sujeição passiva torna-se exclusivamente sua, nos termos do art. 14 supracitado.

Saliente-se, com relação aos produtos autuados relacionados no item 24 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

e de toucador), o Estado de Minas Gerais firmou com São Paulo o Protocolo ICMS nº 36/09, vigente a partir de 01/08/09.

Há a destacar-se, quanto às operações que envolvam artigos de higiene pessoal e de toucador ocorridas durante a vigência do Protocolo nº 36/09 supracitado, que há previsão da responsabilidade da destinatária mineira, na condição de responsável tributário, pelo recolhimento do imposto devido por substituição tributária quando constatado descumprimento do dever legal por parte da alienante ou remetente das mercadorias, a teor do disposto no art. 22, §§ 18, 19 e 20 da Lei nº 6763/75, nos seguintes termos:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

**§ 18 - Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.**

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

§ 20 - A responsabilidade prevista nos §§ 18 e 19 deste artigo será atribuída ao destinatário da mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto, nos casos em que a legislação determine que seu vencimento ocorra na data de saída da mercadoria. Grifou-se.

Assim, a alegação da Impugnante sobre a falta de inclusão do remetente dos produtos no polo passivo da obrigação tributária na qualidade de coobrigado não tem o condão de afastar a responsabilidade a ela atribuída.

A Autuada baseada no princípio da irretroatividade tenta afastar a tributação até julho de 2009. Segundo ela, não há que se falar em exigência anterior a Decisão Normativa CAT nº 05/09 da Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo, que colocou fim a dúvida quanto à influência da destinação dada ao produto e também embasada na dificuldade do enquadramento da mercadoria na tabela da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Esclareça-se inicialmente que a competência para instituição do imposto incidente sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação é dos Estados e do Distrito Federal, cabendo, por consequência, a cada um deles, a respectiva legislação, conforme art. 155, inciso II da CF/88. Assim, não é razoável a aplicação das regras impostas por um Estado fora dos seus limites territoriais, em outro Estado onde vige norma própria para o caso, salvo as hipóteses previstas em protocolos ou convênios firmados.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na tentativa de afastar a incidência tributária anterior a julho/09, a Impugnante argumenta que a indicação dos 8 (oito) dígitos do código da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) da mercadoria na nota fiscal passou a ser obrigatória com o advento do Decreto nº 7.212/10.

Anterior ao disposto no art. 2º, Anexo V, do RICMS/02, redação dada pelo Decreto nº 45.328/10, cuja vigência teve início em 01/04/10, a indicação se limitava aos casos exigidos pela legislação do IPI, conforme redação original do RICMS. Portanto, mesmo antes da instituição da nota fiscal eletrônica já havia previsão para a indicação em voga.

A Autuada expõe a impropriedade da indicação do art. 96, inciso XII do RICMS/02, em relação ao desaparecimento de documento já conhecido pelo Fisco em função das circunstâncias. A tese carece de suporte fático, na verdade esse dispositivo sequer consta do Auto de Infração, bem como inexistente qualquer acusação de desaparecimento documental.

A Impugnante informa que é micro empresa, e conforme previsão Constitucional e da Lei Complementar nº 123/06 possui tratamento diferenciado, inclusive a impossibilidade de suspensão de suas atividades.

Os benefícios concedidos aos contribuintes do imposto devem ter previsão legal expressa, ficando sob a competência da lei complementar, por regra da alínea “g”, do inciso XII, do art. 155 da CF/88. Assim é que a Lei Complementar nº 123/06 traz detalhadamente os procedimentos a serem observados e os benefícios a que fazem jus todos aqueles que optarem pelo regime diferenciado concedido por seu intermédio.

A mesma lei, através do art. 13, § 1º, inciso XIII, estabelece que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido, na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação ao qual será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas. Desse modo, independente do dolo ou má-fé, é obrigação tanto da micro quanto da pequena empresa, o pagamento do ICMS/ST devido, nos prazos legais, consoante norma do art. 16, inciso IX da Lei nº 6763/75.

Ressalte-se que a previsão supracitada também constava no Anexo X, art. 34, inciso I do RICMS/02, para os optantes pelo regime de recolhimento denominado Simples Minas.

Por fim, a Autuada argumenta ter a multa de revalidação caráter punitivo com o intuito de desestimular a prática do ilícito, mas não necessariamente autoriza o caráter confiscatório e abusivo.

Os valores exigidos são exatamente o que não foi recolhido pela Autuada, conforme demonstrado na planilha de fls. 19/23, onde se constata inclusive o abatimento da quantia paga no decorrer do período analisado.

Como não compete ao órgão julgador à declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, a teor do art. 110 do RPTA/MG, abaixo reproduzido, não há como acolher as alegações sobre caráter abusivo e confiscatório

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

das multas efetuadas pela Impugnante, estando as penalidades aplicadas na medida prevista da legislação tributária deste Estado.

Art. 110 - Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Posto isto, a Autuada descumpriu a obrigação de recolher o ICMS/ST, devido, e suas razões de defesa juntamente com os documentos trazidos aos autos, não possuem elementos suficientes para cancelar as exigências descritas no Auto de Infração.

Portanto, legítima a exigência prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75, *in verbis*:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Danilo Vilela Prado e Antônio César Ribeiro.

**Sala das Sessões, 30 de novembro de 2011.**

**Mauro Heleno Galvão  
Presidente / Revisor**

**Sauro Henrique de Almeida  
Relator**

RYSN