

Acórdão: 16.210/03/3ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110878-71
Impugnante: M & V FARMA LTDA
Proc. S. Passivo: Ildeu da Cunha Pereira/Outro(s)
PTA/AI: 01.000142427-35
Inscr. Estadual: 062080497.0067
Origem: DF/BH-4

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Constatada a falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária nas aquisições interestaduais de produtos a que se refere o art. 237, do Anexo IX, do RICMS/96. Responsabilidade atribuída ao estabelecimento atacadista mineiro, conforme § 1º, item 4, do referido dispositivo legal. Infração caracterizada. Exigências não contestadas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES - Aproveitamento indevido de crédito de ICMS consignado em notas fiscais declaradas inidôneas, bem como em notas fiscais emitidas por Empresa de Pequeno Porte. Estorno de crédito procedido pelo Fisco com amparo no art. 68 e 70, inciso V, do Regulamento. Exigências mantidas.

MERCADORIA - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO - Irregularidades apuradas mediante procedimento tecnicamente idôneo, a teor do estatuído no art. 194, inciso II, da Parte Geral, do RICMS/96. Infrações caracterizadas. Razões de defesa insuficientes para elidir o feito.

ICMS - ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA - CANCELAMENTO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - Conforme estabelecido no art. 147 do RICMS/96 e RICMS/2002, "o documento fiscal só poderá ser cancelado antes de sua escrituração no livro próprio e no caso em que não tenha ocorrido a saída da mercadoria ou não tenha iniciado a prestação do serviço, desde que integradas ao bloco ou formulário contínuo todas as suas vias, com declaração do motivo que determinou o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido". Infração caracterizada. Exigências mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DIVERSAS IRREGULARIDADES - Constatado que o contribuinte deixou de escriturar notas fiscais de aquisição e saída, respectivamente, no LRE e LRS bem como escriturou nota fiscal declarada inidônea no LRE, sem o respectivo aproveitamento do crédito. Infrações configuradas. Multas isoladas de 2%, 5% e 40%, mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre: falta de retenção do ICMS/ST nas aquisições de medicamentos e outros produtos relacionados no art. 237 do Anexo IX do RICMS/96; aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados em notas fiscais declaradas inidôneas; escrituração de notas fiscais inidôneas no LRE sem aproveitamento do crédito do ICMS; falta de escrituração de notas fiscais no LRE e LRS; cancelamento irregular de notas fiscais de saída; aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais emitidas por EPP; entrada, saída e manutenção de mercadoria em estoque desacobertada de documentação fiscal, apurada mediante levantamento quantitativo.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1279/1281.

Afirma que conforme documentação anexa, em todas as operações o imposto devido foi efetivamente pago, devendo, pois, ser aplicado o disposto no art. 70, V, RICMS/96. Transcreve parte do Acórdão 14.215/01/2ª desta Casa e acrescenta que as notas fiscais foram declaradas inidôneas após a realização da operação, o que entende, confere legalidade ao crédito escriturado.

Diz que a ausência de escrituração de documentos fiscais de saídas, entradas e estoque, deve-se ao fato de que a empresa ampliou seu depósito para um imóvel ao lado de sua sede, que está devidamente registrado. Solicita a realização de perícia no depósito e livros fiscais onde se constatará que as mercadorias foram apenas transferidas de depósito, conforme informado ao fiscal no momento da fiscalização.

Aduz que os cancelamentos das notas fiscais obedeceram as normas regulamentares e foram realizados por solicitação do destinatário.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 1616 dos autos.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em manifestação de fls. 1618/1624, refuta as alegações da defesa.

Argumenta que a Impugnante não apresentou provas de que o imposto estornado referente às notas fiscais inidôneas foi recolhido na origem. Acrescenta que os documentos apresentados pela mesma às fls. 1385/1412 demonstram o pagamento da operação acobertada por parte das notas inidôneas e que os atos declaratórios foram publicados antes da ação fiscal.

Salienta que o levantamento quantitativo foi realizado em consonância com o art. 194, § 1º, do RICMS/96 e que o depósito citado pela Autuada foi constituído e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

registrado na junta comercial após a realização da contagem física. Aduz que o cancelamento de notas fiscais não obedeceu aos preceitos do art. 147 do RICMS/96.

DO PARECER DA AUDITORIA

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1629/1635, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A **irregularidade 1** do AI se refere à falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária nas aquisições interestaduais realizadas pela Autuada no período de julho/00 a março/01, de medicamentos e demais produtos relacionados no art. 237, do Anexo IX, do RICMS/96, sem a retenção do imposto pelo remetente.

Registre-se apenas que as notas fiscais objeto das exigências (cópia fls. 747/773) bem como a memória de cálculo do ICMS/ST encontram-se discriminadas no quadro de fls. 15/16 dos autos, sendo que nas operações em comento a responsabilidade do estabelecimento atacadista mineiro, na condição de substituto, pela retenção e recolhimento do imposto devido é prevista no art. 237, § 1º, item 4, do Anexo IX, do RICMS/96.

Assim, corretas as exigências de ICMS/ST e MR (50%), que sequer foram contestadas pela Contribuinte.

A **irregularidade 2** do AI trata da constatação do aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados em notas fiscais declaradas inidôneas emitidas no período de agosto/01 a outubro/02, as quais encontram-se arroladas no demonstrativo de fls. 17/18 dos autos, sendo que a apuração do imposto devido foi levada a efeito na recomposição da conta gráfica de fls. 743/745.

Ressalte-se que o ato declaratório de inidoneidade decorre da realização de diligência especialmente efetuada para a investigação da real situação do contribuinte e das operações por ele praticadas.

Detectada a ocorrência de quaisquer das situações irregulares arroladas no art. 3º da Resolução nº 1.926/89, é providenciado o respectivo ato declaratório, nos termos do art. 1º da aludida norma legal.

Segundo ensina Aliomar Baleeiro:

“o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espandendo dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (ex tunc)”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desse modo, verifica-se que os documentos declarados inidôneos ao serem emitidos já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade legal, sendo referidos atos declaratórios publicados no Diário Oficial do Estado visando, tão-somente, tornar pública e oficial uma situação preexistente.

Registre-se que os mesmos (tela SICAF) encontram-se anexados às fls. 1228/1229 dos autos juntamente com cópia das respectivas notas fiscais (fls. 775/792) e foram devidamente publicados no "Minas Gerais" em data anterior ao início da ação fiscal consubstanciada na lavratura do TIAF em novembro/02, dispondo, pois, a Autuada, de período suficiente para regularizar a situação, o que não ocorreu.

Insta destacar que consta de cada um dos respectivos atos declaratórios os motivos ensejadores da inidoneidade bem como a data de sua publicação.

Vale salientar que a teor do estatuído no art. 70, inciso V, da Parte Geral, do RICMS/96, a única hipótese em que se poderia admitir o crédito de ICMS destacado em documento fiscal declarado inidôneo, seria mediante prova inequívoca de que o imposto devido pelo emitente fora integralmente pago, prova essa não produzida nos autos pela Autuada.

Acrescente-se que o estorno do crédito do imposto promovido pelo Fisco encontra-se respaldado também no art. 30 da Lei nº 6.763/75 que preceitua que:

"O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação." (GN)

Nesse sentido, mostra-se inoperante a tentativa da Contribuinte em querer atestar a efetiva entrada das mercadorias em seu estabelecimento ou mesmo a realização do negócio jurídico, mediante a apresentação, às fls. 1385/1412, de cópia das duplicatas relativas ao pagamento das operações a que se referem parte das notas fiscais inidôneas objeto das exigências.

Quanto à multa isolada, verifica-se que o Fisco corretamente aplicou a penalidade de 40% prevista no art. 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75, pela utilização dos documentos inidôneos, sendo que a multa de revalidação (50%) encontra amparo no art. 56, inciso II, do mesmo diploma legal.

Relativamente ao Acórdão 14.215/01/2ª mencionado pela Impugnante, vale registrar que a Fazenda Pública Estadual interpôs o competente Recurso de Revisão, oportunidade em que a Câmara Especial reformulou a decisão da Câmara "a quo", conforme Acórdão 2.568/02/CE (fls. 1636/1637), restabelecendo-se as exigências.

Corretas, pois, as exigências de ICMS, MR (50%) e MI (40%).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A **irregularidade 3** do AI se restringe à cobrança da penalidade isolada de 40% prevista no art. 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75, em relação às Notas Fiscais 001.426 e 001.459 (fls. 794/795), discriminadas no quadro de fls. 19, emitidas em agosto e dezembro de 2.000 por Star Médica Ltda, que foram declaradas inidôneas, conforme Ato Declaratório de fls. 1230 dos autos.

Acrescente-se apenas que os referidos documentos foram escriturados no LRE sem o aproveitamento do crédito de ICMS por parte da Impugnante, mesmo porque não houve o respectivo destaque do imposto (operação própria) nos mesmos.

Assim, a referida exigência deve prevalecer.

As **irregularidades 4 e 5** do AI se referem à falta de escrituração no LRE e LRS, respectivamente, da Nota Fiscal 656.305 de 28-12-01 e Nota Fiscal 000.672 de 18-04-02, discriminadas nos quadros de fls. 20 e 21 dos autos, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 797 e 799 dos autos, fato que configura desobediência ao disposto no art. 16, inciso VI, da Lei nº 6.763/75 c/c artigos 166 e 172, do Anexo V, do RICMS/96.

Portanto, as exigências de MI de 2% e 5%, capituladas no art. 55, inciso I e respectiva alínea "a", da Lei nº 6.763/75, devem ser mantidas.

A **irregularidade 6** do AI trata do cancelamento irregular de notas fiscais de saídas, emitidas pela Autuada no período de 22-01-02 a 24-02-03, arroladas no quadro de fls. 22 dos autos, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 801/867 e os respectivos originais trazidos à colação pela Impugnante às fls. 1289/1362.

Verifica-se que o trabalho fiscal encontra amparo no art. 147 da Parte Geral do RICMS/96 e RICMS/2002, que preceitua que:

"Art. 147 - O documento fiscal só poderá ser cancelado antes de sua escrituração no livro próprio e no caso em que não tenha ocorrido a saída da mercadoria ou não tenha iniciado a prestação do serviço, desde que integradas ao bloco ou formulário contínuo todas as suas vias, com declaração do motivo que determinou o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido." (gn)

Nesse sentido, analisando-se as referidas notas fiscais, infere-se que as mesmas evidenciam a efetiva saída das mercadorias do estabelecimento da Impugnante, quer seja pelo preenchimento do campo "data da saída"; quer seja pela assinatura do "canhoto" de recebimento do produto; quer seja pela aposição de "carimbo do posto fiscal" e "visto de recebimento" no verso do documento pelo destinatário; a efetiva emissão de CTRC, ou mesmo a falta de integração de todas as suas vias ao bloco de notas fiscais, circunstâncias, pois, que caracterizam o irregular cancelamento dos documentos, motivo pelo qual reputam-se como corretas as exigências de ICMS e MR (50%).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na **irregularidade 7** do AI o Fisco constatou que a Autuada efetuou o aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados nas notas fiscais discriminadas no demonstrativo de fls. 23 dos autos, emitidas no período de 19-11-02 a 14-03-03 por Distribuidora Matos & Almeida Ltda, sediada no Município de Juiz de Fora/MG, I.E. 367.083.308.0041, enquadrada no regime de recolhimento de Empresa de Pequeno Porte (EPP), conforme tela SICAF de fls. 1638.

Importante acrescentar que tanto a aludida empresa remetente como a Autuada encontram-se cadastradas neste Estado no CAE nº 43.3.1.00-1, ou seja, "comércio atacadista de produtos farmacêuticos, da flora medicinal e ervanários", circunstância para a qual é vedado o destaque do imposto nas operações entre esses estabelecimentos, conforme preceitua o art. 18, inciso II, § 2º, item 2, e § 3º, do Anexo X, do RICMS/96, e correspondente art. 22, inciso II, §§ 2º e 3º, do Anexo X, do RICMS/2002, este *in verbis*:

"**Art. 22** - A empresa de pequeno porte deverá:

(...)

II - emitir regularmente os documentos fiscais para acobertar todas as operações e prestações que realizar, vedado o destaque do ICMS, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo;

(...)

§ 2º - O estabelecimento industrial, distribuidor ou atacadista de empresa de pequeno porte, relativamente às operações tributadas destinadas a contribuinte, destacará no documento fiscal o valor do imposto, calculado mediante a aplicação da alíquota prevista no artigo 42 deste Regulamento.

§ 3º - O disposto no § 2º não se aplica à saída destinada a distribuidor ou atacadista localizado neste Estado, quando promovida por estabelecimento distribuidor ou atacadista de empresa de pequeno porte." (GN)

Corretas, pois, as exigências de ICMS e MR (50%) resultantes da glosa do imposto promovida pelo Fisco, procedimento esse que encontra amparo também no estatuído no art. 68, *caput*, da Parte Geral dos citados Regulamentos, "O crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação ou à prestação." (gn)

As **irregularidades 8, 9 e 10** do AI se referem à constatação de saídas, entradas e manutenção de mercadorias em estoque, desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário que engloba o período de 01-01-02 a 24-09-02, procedimento esse que é considerado tecnicamente idôneo, a teor do estatuído no art. 194, inciso II, da Parte Geral, do RICMS/96.

Insta destacar que o AI é composto de diversos quadros que bem explicitam o trabalho realizado (fls. 94/742), nos quais o Fisco discrimina os medicamentos objeto das exigências, bem como as quantidades, preços e as notas fiscais consideradas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante ressaltar que a contestação de levantamento quantitativo só se faz mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas.

Nesse sentido, a Impugnante se restringe a alegar que as diferenças apuradas no levantamento quantitativo deve-se ao fato de que a empresa ampliou seu *depósito* para um imóvel ao lado de sua sede para onde as mercadorias foram apenas transferidas, fato esse que solicita que seja comprovado mediante realização de perícia.

Não obstante, constata-se que o referido *depósito* a que se refere a Autuada, localizado na Av. Francisco Sá, nº 177, BH-MG, ao lado de sua sede, somente foi constituído em 07-10-02 através da Quarta Alteração Contratual (fls. 1614/1615) registrada na Junta Comercial em 21-10-02, ou seja, após a realização do levantamento quantitativo, cuja contagem física deu-se em 24-09-02, a teor dos documentos de fls. 26/32 dos autos, não tendo, portanto, nenhuma interferência na irregularidade em comento que abrange período anterior. Acrescente-se ainda que na ocasião do levantamento levado a efeito pelo Fisco a sócia da empresa, ao assinar o documento de fls. 29, em cumprimento ao disposto no art. 194, § 1º, item 4, do RICMS/96, não fez referência a existência de qualquer estoque de mercadorias em outro local, fato que também convalida o trabalho fiscal.

Quanto a prova pericial requerida, saliente-se apenas que nos termos do art. 98, inciso III, da CLTA/MG, o mérito da mesma não está sendo apreciado, haja vista que a Impugnante deixou de formular os quesitos.

No que concerne às penalidades, verifica-se que o Fisco corretamente aplicou a multa de 10% prevista no art. 55, XXII, da Lei nº 6.763/75, em relação às entradas desacobertas, bem como a multa de 20% capitulada no art. 55, II, "a", do mesmo diploma legal, para as saídas e estoque desacobertos de documentação fiscal. Corretas, pois, as exigências de ICMS, MR (50%) e as citadas MIs de 10% e 20%.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente, o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora) e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 28/10/2003.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator